



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

10

Enero-junio 2021

SUMARIO

La redacción de las causas por las que se pierde la condición de alumno en los centros docentes militares de formación

Capitán auditor Óscar González Sarandeses

El desahucio administrativo y su control de legalidad: incidencia en las Fuerzas Armadas

Capitán auditor Bienvenido Apresa Rivera

Análisis relativo a la declaración del estado de alarma y su incidencia en el carácter de agente de la autoridad del personal militar

Capitán auditor Cristóbal Moreno Martínez-Ortiz



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

10

Enero-junio 2021

SUMARIO

La redacción de las causas por las que se pierde la condición de alumno en los centros docentes militares de formación

Capitán auditor Óscar González Sarandeses

El desahucio administrativo y su control de legalidad: incidencia en las Fuerzas Armadas

Capitán auditor Bienvenido Apresa Rivera

Análisis relativo a la declaración del estado de alarma y su incidencia en el carácter de agente de la autoridad del personal militar

Capitán auditor Cristóbal Moreno Martínez-Ortiz



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Francisco Carlos de Osuna Hervas, coronel auditor

SECRETARIO

Alejandro Javier Fernández Ferrer, 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 de Publicaciones de Defensa
<https://publicaciones.defensa.gob.es>



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

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2021

NIPO 083-15-289-5 (impresión bajo demanda)

Fecha de edición: marzo de 2022

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

NIPO 083-15-290-8 (edición en línea)

ISSN 2444-6807 (edición en línea)

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

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

En esta edición se ha utilizado papel 100% libre de cloro procedente de bosques gestionados de forma sostenible.

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

Sumario

1. La redacción de las causas por las que se pierde la condición de alumno en los centros docentes militares de formación 5
Capitán auditor Óscar González Sarandeses

2. El desahucio administrativo y su control de legalidad: incidencia en las Fuerzas Armadas 31
Capitán auditor Bienvenido Apresa Rivera

3. Análisis relativo a la declaración del estado de alarma y su incidencia en el carácter de agente de la autoridad del personal militar..... 63
Capitán auditor Cristóbal Moreno Martínez-Ortiz

1. LA REDACCIÓN DE LAS CAUSAS POR LAS QUE SE PIERDE LA CONDICIÓN DE ALUMNO EN LOS CENTROS DOCENTES MILITARES DE FORMACIÓN

*Oscar González Sarandeses
Capitán auditor*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La condición de alumno de la enseñanza de formación. 3. Las difusas causas por las que se pierde la condición de alumno. 3.1. Insuficiencia de condiciones psicofísicas. 3.2. Especial referencia a la detección del consumo de drogas. 3.3. No superar las pruebas previstas en los currículos. 3.4. Carencia de cualidades militares. 3.5. Sentencia firme condenatoria por delito doloso. 4. Procedimiento para la resolución de baja de alumnos de formación. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las distintas causas por las que se podrá perder la condición de alumno en los centros docentes militares de formación aparecen reseñadas en el capítulo VII (artículos 31 a 43) de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, «por la que se aprueba el régimen del alumnado de la enseñanza de formación»¹.

La citada Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, deroga la Orden 43/1993, de 21 de abril, sobre régimen del alumnado de los Centros Docentes Militares de Formación, la cual establecía también en su capítulo VII (artículos 36 a 42) unas breves causas por las que se podía perder la condición de alumno.

¹ La misma Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, modifica la Orden DEF/1626/2015, de 29 de julio, «por la que se aprueban las directrices generales para la elaboración de los currículos de la enseñanza de formación para el acceso a las diferentes escalas de suboficiales de los cuerpos de las Fuerzas Armadas».

La derogada Orden 43/1993, de 21 de abril, se entendía de conformidad con las distintas leyes de personal de las Fuerzas Armadas operadas en las últimas décadas en relación con la enseñanza militar². Mientras que la vigente Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, la conformidad la encuentra en el artículo 71 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar³.

Centrándonos ya en la distinta normativa en vigor, llama a simple vista la atención que tanto el artículo 31.2 y 3 de la Orden DEF/368/2017 como el artículo 71.1 y 2 de la Ley de la Carrera Militar, dispongan que «Los alumnos de la enseñanza de formación podrán causar baja por alguna de las siguientes causas [...]». En este sentido, entendemos que la pérdida de la condición de alumno se contempla como una posibilidad no reglada sino discrecional dada la dicción de los preceptos. Gramaticalmente el término «podrá» es el futuro del verbo poder, que en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua aparece como «tener expedida la facultad o potencia de hacer algo». Así pues, debe por ello entenderse que el legislador, al no imponerse imperativamente la pérdida de la condición de alumno, ha querido que para los alumnos de los centros docentes militares de formación pueda examinarse si distintas causas o conductas han de implicar la baja del mismo. En definitiva, no nos encontramos ante procedimientos sancionadores ni ante la ejecución por parte de la Administración militar de los efectos administrativos de una condena penal sino ante la aplicación o interpretación de una normativa que puede llevar a la pérdida de la condición de alumno pero que permite apreciar las consecuencias que una determinada conducta puede acarrear en unos casos u otros. No obstante, lo anterior, existen algunas causas desarrolladas en la propia Orden DEF/368/2017, en donde es cierto que el legislador no impone imperativamente la pérdida de la condición de alumno, pero sí la incoación de un expediente de baja en centro docente militar de formación, véase, la detección del consumo de drogas y la sentencia firme condenatoria por delito doloso.

2. LA CONDICIÓN DE ALUMNO DE LA ENSEÑANZA DE FORMACIÓN

Son alumnos de la enseñanza de formación quienes ingresan en los centros docentes militares conforme a los procesos de selección establecidos y reciben el correspondiente nombramiento. Este nombramiento se realizará por el director o jefe del centro docente militar de formación correspondiente y habrá de publicarse en el *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa*.

Los así nombrados alumnos tendrán condición militar, sin quedar vinculados por una relación de servicios profesionales, excepto aquellos que ya la ten-

² Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (artículo 59) y Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (artículo 83).

³ *Ley de la Carrera Militar*. Edit. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, págs. 66 y ss.

gan adquirida previamente a su nombramiento⁴ y, estarán sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares, así como a las normas que recoge el Régimen del Alumnado contemplado en la Orden DEF/368/2017 objeto de estudio⁵.

Por su parte, la Ley de la Carrera Militar, en su artículo 3.7 dispone: «También adquieren condición militar, sin que su vinculación sea una relación de servicios profesionales, los que ingresen como alumnos en centros docentes militares y los reservistas cuando se incorporen a las Fuerzas Armadas». En consecuencia, la ley reserva la vinculación profesional a las Fuerzas Armadas de todos los españoles como militares de carrera, como militares de tropa y marinería y también como militares de complemento, sin perjuicio de las previsiones legales establecidas para los extranjeros en situación de residencia legal⁶. En todo caso, la relación jurídico-pública de los militares profesionales se regirá por la Ley de la Carrera Militar y se establece con carácter permanente con la adquisición de la condición de militar de carrera y con carácter temporal mediante la firma de compromisos.

Igualmente, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en su artículo 2 dispone «Los destinatarios de esta ley son todos los miembros de las Fuerzas Armadas que adquieren la condición militar según lo establecido en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. En consecuencia, se aplica a los miembros profesionales de las Fuerzas Armadas, salvo que estén en situaciones administrativas en las que tengan suspendida su condición de militar, y a los alumnos de la enseñanza militar de formación [...]». Esta ley establece una excepción para los alumnos de la enseñanza militar de formación en su artículo 34.4, en relación con las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas, al manifestar que «los alumnos que no tengan la condición de militar profesional no podrán pertenecer a asociaciones profesionales». En este sentido, parece que la ley solo está pensando en aquellos alumnos que se incorporan a un centro de formación con una vinculación profesional ya previa a su nombramiento como tal.

De la misma manera, el artículo 2, del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, «por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas», dispone «Estas Reales Ordenanzas son de aplicación a todos los militares profesionales de las Fuerzas Armadas, salvo que estén en situaciones administrativas en

⁴ Los alumnos de la enseñanza de formación que previamente tuvieran un empleo militar conservarán los derechos administrativos inherentes a este, si bien estarán sometidos al mismo régimen que el resto de los alumnos.

⁵ Artículos 1 y 4 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, «por la que se aprueba el Régimen del Alumnado de la Enseñanza de Formación».

⁶ Los extranjeros en situación de residencia legal podrán vincularse a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal como militares de tropa y marinería en los casos y por los procedimientos regulados en la Ley 8/2006 de 24 de Abril de Tropa y Marinería y como militares de complemento de acuerdo con lo previsto en la Ley de la Carrera Militar.

las que tengan suspendida su condición militar. También serán de aplicación a los alumnos de la enseñanza militar de formación [...]»⁷.

3. LAS DIFUSAS CAUSAS POR LAS QUE SE PIERDE LA CONDICIÓN DE ALUMNO

Advertida ya la condición de militar de los alumnos de la enseñanza militar de formación —sin que queden vinculados por una relación de servicios profesionales, excepto aquellos que ya la tuviesen adquirida previamente a su nombramiento—, y por ello, su sujeción como miembros de las Fuerzas Armadas al régimen de derechos y deberes que les sean de aplicación, debemos centrarnos ahora en las distintas causas por las que se puede perder tal condición, resaltando aquellas que por su difusa o compleja normativa de desarrollo ofrecen problemas interpretativos de la mismas.

De esta manera, el artículo 31.2 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, relaciona las causas por las que los alumnos de la enseñanza de formación podrán causar bajar, conforme a lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Carrera Militar. En particular:

- a) A petición propia.
- b) Insuficiencia de condiciones psicofísicas.
- c) No superar, dentro de los plazos establecidos, las pruebas previstas en los currículos. A tal efecto se procederá conforme a lo establecido en las normas de evaluación, progreso o promoción y permanencia o repetición que sean de aplicación.
- d) Carencia de las cualidades en relación con los principios constitucionales y las reglas de comportamiento del militar a los que se refiere el artículo 64.1.d) y f) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, acreditada en expediente personal extraordinario, mediante resolución motivada y previa audiencia al interesado.
- e) Imposición de sanción disciplinaria de baja en el centro docente militar de formación por falta grave o separación de servicio o resolución de compromiso por falta muy grave, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre.
- f) Imposición de condena en sentencia firme por delito doloso, teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta, previa tramitación de un expediente administrativo con audiencia del interesado.
- g) Pérdida de la nacionalidad española o, en el supuesto de extranjeros, la de origen sin adquirir la española u otra de las que permitan el acceso a la condición de militar de complemento o de militar de tropa y marinería.
- h) Incumplimiento, en contra de lo declarado por el interesado, de las condiciones del artículo 56 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, para optar a la convocatoria para el ingreso en el correspondiente centro docente militar de formación.

⁷ GARCÍA-MERCADAL, F. 2020. *Código de leyes administrativas de la Defensa*. Edit. Ministerio de Defensa y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, págs. 12 y ss. www.boe.es/biblioteca_juridica

Igualmente, el artículo 31.3 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, añade que los alumnos también podrán causar baja por alguna de las siguientes causas:

- a) Ser nombrado alumno de la enseñanza de formación de otro centro docente militar de formación.
- b) Incumplimiento de condiciones requeridas para el ingreso que deben ser mantenidas durante todo el periodo de formación.

Por su parte, debemos concretar que las distintas causas o motivos por los que se podrá acordar la baja de los alumnos relacionadas en el artículo 71.1 y 2 de la Ley de la Carrera Militar, al que remite el artículo 31.2 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, son idénticas a las relacionados en esta. Es decir, ambos textos normativos tienen o contienen la misma casuística por la que se podrá acordar la baja de los alumnos de los centros docentes militares de formación.

Analizaremos ahora la distinta casuística mencionada, resaltando finalmente, como ya adelantamos, aquella que por su difusa o compleja normativa de desarrollo ofrece problemas interpretativos. Así:

- Baja a petición propia⁸. Los alumnos de la enseñanza de formación que soliciten causar baja en un centro docente militar lo harán mediante instancia dirigida, a través del director del centro, por el conducto establecido para ello, al subsecretario de Defensa o al director de enseñanza correspondiente en el caso de los alumnos para el acceso a la escala de tropa y marinería. La concesión de baja a petición propia estará siempre supeditada a la no existencia de expediente disciplinario o de resarcimiento económico al Estado y no se concederá en tanto no hayan surtido efecto las eventuales consecuencias de dichos expedientes. Los expedientes de resarcimiento al Estado solo se podrán incoar si la formación recibida es superior a dos años.
- Imposición de sanción disciplinaria de baja en el centro docente militar de formación por falta grave o separación de servicio o resolución de compromiso por falta muy grave, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre⁹. Nos encontramos en este supuesto ante una evidente remisión a la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas¹⁰, en donde el especial régimen de vida de los alumnos no podrá suponer merma alguna en los derechos a la presunción de inocencia, de información de la acusación disciplinaria, defensa del infractor, audiencia previa, utilización de los medios de prueba adecuados y derecho a interponer los recursos correspondientes.

⁸ Artículo 32 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril y artículo 71.1 de la Ley de la Carrera Militar.

⁹ Artículos 25, 26 y 36 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril y artículo 71.2 d) de la Ley de la Carrera Militar.

¹⁰ FERNÁNDEZ BENITO, A. 2016. *Manual básico de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*. Edit. Ministerio de Defensa-Tribunal Militar Central. Secretaría General técnica, Madrid. 2016. págs. 255 y ss. <https://cpage.mpr.gob.es/>

Los efectos de las sanciones por falta muy grave previstas en los artículos 20 y 21 de la ley disciplinaria —separación del servicio o resolución de compromiso— comprenden los inherentes a la sanción de baja en el centro docente militar, prevista expresamente en el artículo 18 del mismo texto. En el caso de las faltas graves —baja en el centro docente militar de formación—, la potestad de imponer dicha sanción, como resultado del expediente disciplinario que se incoe por dicha falta, corresponde al subsecretario de Defensa y para esta imposición será preceptivo el informe no vinculante del director del centro correspondiente.

La sanción de baja en el centro docente militar, cuya imposición, como decimos, corresponde al subsecretario de Defensa, supone la pérdida de la condición de alumno de tal centro y la del empleo militar que hubiere alcanzado con carácter eventual, pasando a la situación que le corresponda conforme a la normativa de aplicación antes de ser nombrado alumno. Independientemente de su carácter de sanción militar y no académica, los efectos de este correctivo por falta grave disciplinaria castrense se limitan a la baja en el centro docente de formación, y no afectan a la condición previa de militar que pudiera ostentar el alumno. Ello implica que tiene que haber una relación entre el hecho que se le atribuye al militar que va a ser sancionado, y que tiene características de falta grave, y su condición de alumno. Solo en el caso de que la base fáctica de la sanción mantenga esta característica sería aconsejable esta sanción concreta de baja en el centro docente. En caso contrario, esto es que el hecho del que fuere responsable el militar aún alumno no guarde relación con su condición de tal, sería aconsejable la imposición de otra sanción por la falta grave de las del catálogo del artículo 11.2 de la Ley Disciplinaria Militar.

Cuando la sanción sea la de baja en el centro docente militar, el recurso contencioso-disciplinario militar a que se refiere el artículo 73 de la ley disciplinaria militar, se interpondrá ante el Tribunal Militar Central, salvo que la resolución hubiese sido reformada en vía administrativa por el ministro de Defensa.

- Los alumnos que pierdan la nacionalidad española o, en el supuesto de extranjeros, la de origen sin adquirir la española u otra de las que permitan el acceso a la condición de militar de complemento o de militar de tropa y marinería, serán propuestos de baja en el correspondiente centro docente militar, previo expediente administrativo instruido al efecto y siguiendo el procedimiento reglado del artículo 42 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril¹¹.
- Incumplimiento, en contra de lo declarado por el interesado, de las condiciones del artículo 56 de la Ley de la Carrera Militar, para optar a la convocatoria para el ingreso en el correspondiente centro docente militar de formación¹². El artículo 56 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, que lleva por rúbrica «Requisitos generales para el ingreso en los centros docentes militares de formación» dispone «[...] Para optar al ingreso en

¹¹ Artículo 38 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril y artículo 71.2 f) de la Ley de la Carrera Militar.

¹² Artículo 39 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril y artículo 71.2 g) de la Ley de la Carrera Militar.

los centros docentes militares de formación será necesario poseer la nacionalidad española; no estar privado de los derechos civiles; carecer de antecedentes penales; no hallarse procesado o imputado en algún procedimiento judicial por delito doloso; no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas ni hallarse inhabilitado con carácter firme para el ejercicio de funciones públicas y tener cumplidos dieciocho años. A las pruebas se podrán presentar también los que en el año de la convocatoria vayan a cumplir dieciocho años de edad, aunque su acceso o adscripción a una escala queda supeditado a alcanzar dicha edad. Lo dispuesto con anterioridad se entiende sin perjuicio de lo establecido para el acceso de extranjeros en esta ley y en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa Y Marinería [...].»

- Los alumnos de la enseñanza de formación que ingresen en otro centro docente militar causarán baja en el origen¹³. Con la finalidad de agilizar los trámites correspondientes se seguirá un procedimiento abreviado, distinto al reglado del ya mencionado artículo 42 de la Orden DEF/368/2017, que consistirá en iniciar un expediente, de oficio, con el nombramiento de alumno en el nuevo centro docente militar de formación en el *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa*, que incluirá el citado nombramiento y el trámite de audiencia en el que el interesado ratifique su voluntad de ingreso en el nuevo centro. La no ratificación de su voluntad de ingreso en el nuevo centro se entenderá como solicitud de baja a petición propia en dicho centro. La propuesta de baja se hará llegar al director general de Reclutamiento y Enseñanza Militar, a través de los directores de enseñanza y mandos respectivos, que la presentará al subsecretario de Defensa para su resolución definitiva. La resolución de baja se publicará en el *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa*.
- Cuando por un alumno se produzca un incumplimiento de las condiciones requeridas para el ingreso que deben ser mantenidas durante todo el periodo de formación, se abrirá un expediente que contendrá inicialmente, el requerimiento al mismo, para que en el plazo de treinta días proceda a restablecer la situación anterior o, en su caso, inicie las acciones para ello. De no hacerlo, se abrirá el correspondiente expediente de baja que seguirá el procedimiento marcado en el artículo 42 del Régimen del Alumnado¹⁴. En este supuesto debemos incluir todas las condiciones requeridas de acceso comprendidas en el capítulo III del título IV «Enseñanza» de la Ley de la Carrera Militar¹⁵.

¹³ Artículo 40 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril.

¹⁴ Artículo 40 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril

¹⁵ Artículo 56, «Requisitos generales para el ingreso en los centros docentes militares de formación»; artículo 57, «Requisitos específicos para el ingreso en los centros docentes militares de formación para el acceso a las escalas de oficiales»; artículo 58, «Requisitos específicos para el ingreso en los centros docentes militares de formación para el acceso a las escalas de suboficiales»; artículo 59, «Acceso a las escalas de oficiales y suboficiales»; artículo 60, «Acceso a militar de complemento»; artículo 61, «Acceso a militar de tropa y marinería»; artículo 62, «Cambio de escala».

3.1. Insuficiencia de condiciones psicofísicas

Los alumnos de la enseñanza de formación se someterán a los reconocimientos médicos preceptivos, destinados a la comprobación de las condiciones psicofísicas que deben mantener durante su periodo de formación. Las condiciones psicofísicas a mantener por los alumnos durante su periodo de formación serán las exigidas para su ingreso en el respectivo centro docente¹⁶.

Al presente supuesto le es de aplicación la siguiente normativa de desarrollo:

- La Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, «por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación», modificada por la Orden PCM/79/2020, de 29 de enero, cuando en su disposición adicional quinta, «Pérdida de la condición de alumno», pone de manifiesto que «El cuadro médico de exclusiones que se aprueba será de aplicación en los procedimientos de pérdida de la condición de alumno a causa de las condiciones psicofísicas». En el mismo sentido, se debe tener también en consideración la disposición adicional segunda de la misma orden cuando dice «A los aspirantes que opten a la especialidad fundamental Aviación del Ejército de Tierra, especialidad fundamental de Mantenimiento de Aeronaves del Ejército de Tierra, y a la especialidad fundamental de Vuelo del Ejército del Aire, les será de aplicación, además, el cuadro médico de exclusiones establecido para este personal en la Orden Ministerial 23/2011, de 27 de abril, «por el que se aprueban las normas para la valoración de la aptitud médica del personal de las Fuerzas Armadas con responsabilidad de vuelo», modificado por la Orden Ministerial 62/2012, de 10 de septiembre».
- La Resolución 404/38230/2007, de 27 de diciembre, de la Subsecretaría de Defensa, «por la que se suprimen determinadas juntas médico periciales ordinarias y se delegan competencias en el ámbito pericial», en su apartado cuarto, «Procedimiento en determinados expedientes», dispone «[...] y a los alumnos de los centros docentes militares de formación, la orden de evaluación de informe se dirigirá a la Inspección General de Sanidad, quien determinará la junta médico pericial que emitirá el dictamen o, si procediera, la emisión de dicho dictamen por otro órgano de la Sanidad Militar».
- Instrucción 21/2018, de 19 de marzo, de la Subsecretaría de Defensa, «por la que se desarrolla la Orden PARA/1242/2017», de 11 de diciembre, que modifica la Orden PRE/2373/2003, de 4 de agosto, «por la que se reestructuran los órganos médicos periciales de la sanidad militar y se aprueban los modelos de informe médico y cuestionarios de salud para los expedientes de aptitud psicofísica».
- Instrucción 14/2016, de 17 de marzo, de la Subsecretaría de Defensa, «por la que se establecen los nuevos modelos de informe médico y de cuestionarios de salud para los expedientes de aptitud psicofísica y nue-

¹⁶ Artículo 33 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril y artículo 71.2 a) de la Ley de la Carrera Militar.

vos modelos de acta de las juntas médico periciales de la sanidad militar».

Por lo tanto, los alumnos de la enseñanza de formación que, durante su permanencia en los centros docentes militares, perdieran o no mantuvieran las condiciones psicofísicas exigidas para su ingreso y no pudieran continuar así con sus estudios, una vez acreditado esto mediante la preceptiva acta médica pericial emitida de conformidad con la distinta normativa de desarrollo examinada con anterioridad, serán propuestos por el director del centro para causar baja en este, previo expediente administrativo instruido al efecto. En este estado, debemos recalcar, con el fin de evitar defectos de forma y ulteriores archivos del expediente administrativo incoado, la importancia de que los órganos de la sanidad militar emitan dictamen de conformidad con las actas regladas de la Instrucción 14/2016, de 17 de marzo, y se acredite que la pérdida de condiciones psicofísicas que se debe mantener durante la permanencia del alumno en el centro, encaja en el cuadro médico de exclusiones exigible para su ingreso de la actual Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, modificada por la Orden PCM/79/2020, de 29 de enero y, en su caso, además, de la Orden Ministerial 23/2011, de 27 de abril. Es obligado traer a colación cómo los diferentes órganos judiciales concedores de revisiones jurisdiccionales en materia de acceso a las Fuerzas Armadas (por todas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 2009), vienen sosteniendo como, a pesar de la fuerza de convicción de los dictámenes médicos de los tribunales médicos militares, tal presunción puede perfectamente ser desvirtuada mediante prueba pericial contradictoria, siendo necesario, a fin de evitar pronunciamientos judiciales contrarios a los intereses del departamento, que aquellos dictámenes médicos no se limiten exclusivamente a señalar la causa del cuadro médico de exclusiones apreciada, sino que debe rodearse tal afirmación de las correspondientes explicaciones técnicas que fundamenten, siempre desde esa perspectiva pericial, el diagnóstico o propuesta de exclusión que se realiza.

Aquellos alumnos en los que la citada baja por pérdida de las condiciones psicofísicas fuera permanente no podrán volver a concurrir a un proceso selectivo y los centros de formación deberán comunicarlo, por el conducto establecido, a los órganos de selección correspondientes. En caso de pérdida o merma transitoria de las condiciones psicofísicas, se estará a lo dispuesto en el artículo 30 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, «No acreditación de aptitudes específicas», sin perjuicio de que el mismo, se refiera ex profeso a los alumnos que no acrediten poseer las aptitudes específicas relativas a la capacidad de vuelo.

3.2. Especial referencia a la detección del consumo de drogas

«La detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o la reiteración de cuadros de embriaguez debidamente acreditados, será motivo suficiente para la iniciación de expediente de baja que se producirá cuando se confirme una efectiva insuficiencia de condiciones psicofísicas. En el caso de alumnos de especialidades fundamentales en las que se realicen funciones

de pilotaje de aeronaves, la detección de tasas de alcohol superiores a las permitidas en la normativa aérea, en controles legítimamente ordenados por el Director del centro docente y realizados previamente al vuelo por personal autorizado, será motivo suficiente para la incoación del mencionado expediente de baja. El inicio del expediente de baja para alumnos de estas últimas especialidades fundamentales provocará el cese cauteloso de cualquier actividad de pilotaje de aeronaves por parte del alumno»¹⁷. De una primera lectura de este apartado 5 del artículo 33 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, se desprenden dos consecuencias. En primer lugar, la mera detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicótropas o la reiteración de cuadros de embriaguez debidamente acreditados, será motivo suficiente para la incoación de expediente de baja, pero solo se producirá esta cuando se acredite o confirme la efectiva insuficiencia de condiciones psicofísicas. Y, en segundo lugar, los alumnos de especialidades fundamentales en las que se realicen funciones de pilotaje de aeronaves, la detección de tasas de alcohol superiores a las permitidas en la normativa aérea, en controles legítimamente ordenados por el director del centro docente y realizados previamente al vuelo por personal autorizado, será motivo también suficiente para la incoación del mencionado expediente de baja. Pues bien, en ambos casos, como sucedía cuando tratamos la *baja por insuficiencia de condiciones psicofísicas*, la acreditación o confirmación de una efectiva insuficiencia de condiciones psicofísicas, necesarias para que se produzcan los efectos del expediente de baja que se cita en el artículo 33.5, debe entenderse como el hecho de no mantener las condiciones psicofísicas exigidas para su ingreso en el centro docente militar de formación. En estos supuestos, es llamativa la intención del legislador, primero incoa un expediente de baja en centro docente militar de formación y luego trata de acreditar o confirmar la efectiva insuficiencia de condiciones psicofísicas. La efectiva confirmación de la insuficiencia de condiciones psicofísicas se regula por la misma normativa que vimos al tratar la *baja por insuficiencia de condiciones psicofísicas*, pero con una particularidad importante, la orden de evaluación de informe de los expedientados se dirigirá a la Inspección General de Sanidad, solicitando dictamen sobre si estos se encuentran incluidos en el punto 10 del apartado de «Psiquiatría» del cuadro médico de exclusiones recogido en la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, modificada por la Orden PCM/79/2020, de 29 de enero, que dispone «*Trastornos mentales y del comportamiento* debidos al consumo de sustancias psicótropas o drogas, incluido el alcohol, así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica en el reconocimiento». En este estado, ya podemos adelantar, que el hecho de prejuzgar una insuficiencia de condiciones psicofísicas por el mero hecho de una detección, quedando al albur de una efectiva acreditación, lleva en la mayoría de los casos, por no decir en su totalidad, a un archivo del expediente de baja incoado al efecto.

Esta ya mencionada intención del legislador de primero incoar un expediente de baja y luego tratar de acreditar o confirmar la efectiva insuficiencia de condiciones psicofísicas del expedientado con expresa remisión al apartado de «Psiquiatría», podemos intuir que subyace del II Plan General de Prevención

¹⁷ Artículo 33 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril.

de Drogas en las Fuerzas Armadas, de 22 de febrero de 2010¹⁸, cuando en su punto noveno, letra c), «Optimizar la selección del personal» disponía «Se considera esta medida como un pilar fundamental para un mejor y más eficaz cumplimiento de las misiones de la profesión militar, por lo que, para conseguir su cumplimiento, se llevarán a cabo las siguientes actuaciones: Establecer el procedimiento específico que permita, durante el periodo de Formación General Militar, dar de baja a los casos positivos de consumo de drogas, antes de la firma del compromiso inicial. Esta actuación se extenderá a los centros de formación de cuadros de mando durante la totalidad del periodo de formación». Entendemos así que el legislador en la actual Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, establece un híbrido normativo, al no dar de baja directamente a los casos positivos de consumo de drogas, abocando por ello el resultado del expediente de baja incoado al efecto a un más que probable archivo del mismo.

Por otra parte, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014, Núm. de Recurso 50/2013, ha interpretado el punto 10 del apartado de «Psiquiatría» del cuadro médico de exclusiones recogido en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre —derogada por la actual Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, modificada por la Orden PCM/79/2020—, diciendo «En cuanto al fondo del asunto la cuestión se centra, en definitiva, en una cuestión de interpretación del sentido jurídico de la expresión “o su detección analítica” [...]. Al respecto deberá analizarse si dicha detección analítica basta por sí sola, y sin necesidad de ningún otro elemento adicional, tesis que es la sostenida por el Abogado del Estado en su recurso; o si dicha detección debe ser interpretada en el contexto superior de todo el punto 10 del apartado de Psiquiatría de la Orden y de la Ley 39/2007, en cuanto acreditativo de insuficiencia de condiciones psicofísicas (artículo 71.2.a). [...]. A partir de ahí, y por exigencias del contexto en que se inserta el inciso cuestionado este debe ser interpretado en el sentido de que la detección de la droga debe considerarse en relación con la pérdida de la capacidad psicofísica, y no como elemento determinante por sí solo de la pérdida de la capacidad sin una comprobación solvente de ese efecto. Solo interpretada así, la previsión normativa discutida puede considerarse ajustada al artículo 71.2 y 3 de la Ley 39/2007, que habilita al Ministro para determinar un cuadro de condiciones psicofísicas, habilitación legal que no cubriría la posibilidad de regular una condición de acceso a la condición de alumno o de pérdida de ella, no referida a una condición de capacidad psicofísica, sino ligada a una determinada conducta sin reflejo en dichas condiciones psicofísicas». Por todo ello, de acuerdo con la interpretación que de este apartado ha hecho el Tribunal Supremo, tal y como se ha expuesto, la expresión «su detección analítica» no indica que estamos ante una causa de exclusión independiente del trastorno mental debido al consumo.

Otra reflexión sobre este controvertido punto de la detección del consumo de drogas, la podemos observar, por ser también de aplicación —como venimos

¹⁸ La Resolución 430/10989/20, de 14 de julio de 2020, de la Directora General de Personal, publica el III Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas (BOD núm. 147, de 23 de julio de 2020).

diciendo— a los alumnos de los centros docentes militares de formación, en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas¹⁹, cuando su artículo 8.8 dispone que «Son faltas muy graves, cuando no constituyan delito: estar embriagado o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el desempeño del servicio o de forma reiterada fuera de él», remitiéndonos al artículo 10 del mismo texto legal para concretar lo que debemos entender por *reiteración*, en particular «se entiende que una conducta típica es reiterada cuando se realiza en tres o más ocasiones en el periodo de dos años, que se computará de fecha a fecha desde la comisión del primero, aunque los hechos aislados hayan sido sancionados». De esta manera, nos encontramos en oposición, y con efectos distintos, con la tan citada Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, donde la mera detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o la reiteración de cuadros de embriaguez debidamente acreditados, será motivo suficiente para la incoación de un expediente de baja.

3.3. No superar las pruebas previstas en los currículos

La entrada en vigor de la Ley de la Carrera Militar ha supuesto que la enseñanza en las Fuerzas Armadas se integre plenamente en el sistema educativo general y, en consecuencia, se inspire en sus principios y se oriente a la consecución de sus fines establecidos en el ordenamiento jurídico con las adaptaciones debidas a la condición militar. El nuevo modelo de la enseñanza militar simultanea la formación militar con la obtención de un título de grado en el caso de los oficiales o la de un título de técnico superior de formación profesional en el de los suboficiales.

De esta manera, los alumnos de la enseñanza de formación que no superen los currículos en las convocatorias, plazos y demás condiciones exigidas en las normas de evaluación, progreso o promoción y permanencia o repetición que sean de aplicación, incluido el ajuste de plazas, serán propuestos por el director del centro para causar baja en este, siguiendo el procedimiento reflejado en el artículo 42²⁰. A este respecto, podemos citar, entre otras, las siguientes normas que resultan de aplicación al presente supuesto:

- Orden DEF/810/2015, de 4 de mayo, «por la que se aprueban las directrices generales para la elaboración de los currículos de la enseñanza de formación para el acceso a las diferentes escalas de oficiales de los cuerpos de las Fuerzas Armadas», modificada por la Orden DEF/1830/2016, de 28 de noviembre.
- Orden DEF/1626/2015, de 29 de julio, «por la que se aprueban las directrices generales para la elaboración de los currículos de la enseñanza de formación para el acceso a las diferentes escalas de suboficiales

¹⁹ *Op. cit.* GARCÍA-MERCADAL, F. (2020). págs. 462 y ss. www.boe.es/biblioteca_juridica

²⁰ Artículo 34 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril y artículo 71.2 b) de la Ley de la Carrera Militar.

de los cuerpos de las Fuerzas Armadas», modificada por la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril.

- Orden DEF/479/2017, de 19 de mayo, «por la que se aprueban las directrices generales para la elaboración de los currículos de la enseñanza de formación para el acceso a las escalas de tropa y marinería», modificada por la Orden DEF/788/2019, de 17 de julio. El párrafo quinto de la parte expositiva dispone que se procurará que una parte de los contenidos que sean impartidos tengan alguna relación con los de módulos de algún ciclo formativo de grado medio del sistema educativo general o con competencias profesionales referidas a cualificaciones profesionales. La obtención de un título de técnico de formación profesional por los militares profesionales de tropa y marinería es una cuestión de gran complejidad, puesto que la duración de los periodos de enseñanza, formación y perfeccionamiento no permitiría en ningún caso disponer de las dos mil horas necesarias para ello. Es por tanto imprescindible que el militar dedique el tiempo necesario en fases posteriores para su obtención²¹. Finalmente cabe mencionar que a propuesta, según corresponda, de los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, el ministro de Defensa aprobará los currículos de la formación de tropa y marinería elaborados conforme a lo dispuesto en la Orden DEF/479/2017²².
- Instrucción 56/2010, de 15 de septiembre, «por la que se determina los criterios de evaluación y clasificación de los alumnos de los centros docentes militares de formación para el acceso a las escalas de oficiales», modificada por la Instrucción 94/2011, de 12 de septiembre, e Instrucción 85/2012, de 22 de noviembre.
- Instrucción 94/2011, de 12 de septiembre, «por la que se determina los criterios de evaluación y clasificación de los alumnos de los centros docentes militares para el acceso a las escalas de suboficiales», modificada por la Instrucción 85/2012, de 22 de noviembre.
- Orden DEF/1434/2016, de 31 de agosto, «por la que se establece las normas de evaluación, de progreso y de permanencia en los centros docentes militares de formación para la incorporación a las escalas de oficiales», modificada por la Orden DEF/465/2018, de 27 de abril, y la Orden DEF/1269/2019, de 19 de diciembre.
- Orden Ministerial 49/2011, de 28 de julio, «por la que se establecen las normas de evaluación y de promoción y repetición de cursos en los centros docentes militares que impartan enseñanza de formación para la incorporación a las escalas de suboficiales», modificada por la Orden DEF/778/2013, de 29 de abril, y la Orden 60/2013, de 5 de septiembre.

²¹ Los planes de estudios de la formación militar general, específica y de especialidad fundamental tendrán una duración comprendida entre 560 y 1300 horas. Artículo 10 de la Orden DEF/479/2017, de 19 de mayo.

²² Así, a modo de ejemplo, podemos citar la Orden DEF/466/2018, de 27 de abril, «por la que se aprueba el currículo de la enseñanza de formación para el acceso a la escala de tropa del Cuerpo General del Ejército del Aire».

Pues bien, la baja en los centros docentes militares de formación *por no superar las pruebas previstas en los currículos* se motiva, principalmente, en las normas de evaluación y de progreso y permanencia en los centros docentes militares, para la incorporación a las escalas de oficiales y en las normas de evaluación y de promoción y repetición de cursos en los centros docentes militares que impartan enseñanza de formación para la incorporación a las escalas de suboficiales. Por su parte, la baja de los alumnos pertenecientes a la enseñanza militar de formación para el acceso a militar profesional de tropa y marinería la podemos encontrar en las normas de la orden por la que se aprueban las directrices generales para la elaboración de los currículos de la enseñanza de formación para el acceso a las escalas de tropa y marinería y en los distintos currículos aprobados por el Ministerio de Defensa, a propuesta, según corresponda, de los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire²³.

Así, para la incorporación a las escalas de oficiales, el alumno causará baja en el centro docente militar de formación cuando se dé alguna de las siguientes condiciones: a) No superar, por segunda vez, cualquiera de las asignaturas del módulo de instrucción y adiestramiento o las pruebas físicas correspondientes a ese curso, excepto cuando sea por causa de lesión o enfermedad, en cuyo caso permanecerá en el curso; b) Para los alumnos encuadrados en primer y segundo curso, no superar en cada uno de ellos, como mínimo, el treinta por ciento del total de los créditos de las asignaturas del currículo de las que esté matriculado, y que correspondan al curso en que se encuentre encuadrado; c) Agotar las convocatorias ordinarias —seis para cada una de las asignaturas del título de grado y cuatro para el resto de asignaturas de un currículo— y, en su caso, la extraordinaria, de cualquier asignatura sin haberla superado o exceder los plazos máximos previstos para finalizar los currículos —todo el proceso de formación de los currículos de los cuerpos generales y de Infantería de Marina se deberá superar en un plazo máximo de ocho cursos académicos, sin que ello excluya la aplicación de la normativa universitaria para el título de grado; el resto de los currículos de duración inferior a cinco años se podrán superar en un curso académico más de los previstos en los mismos; el proceso de formación de los alumnos del Cuerpo Militar de Sanidad especialidad Medicina por acceso sin exigencia de titulación universitaria, se deberá superar en un plazo máximo de nueve cursos académicos, sin que ello excluya la aplicación de la normativa universitaria para el título de grado—; d) Asimismo, un alumno podrá causar baja en el centro docente militar de formación, como consecuencia del ajuste de plazas²⁴.

Por lo que respecta a la incorporación a las escalas de suboficiales, el alumno causará baja en el centro docente militar de formación cuando se dé alguna de

²³ En este estado, no está de más recordar que a los alumnos pertenecientes a la enseñanza militar de formación para el acceso a militar profesional de tropa y marinería les es de aplicación también lo establecido en el Régimen del Alumnado de los centros docentes militares de formación (Orden DEF/368/2017, de 4 de abril), siempre que dichas referencias no sean efectuadas explícitamente a otro tipo de alumnos y teniendo en cuenta que el procedimiento para resolver la baja del alumno será el establecido en el artículo 42.3 de la iterada orden, como luego veremos

²⁴ El ajuste de plazas consiste en igualar el número de alumnos que vayan a progresar en el currículo, con el número de plazas fijadas en la provisión de plazas correspondiente.

las siguientes condiciones: a) No superar, por segunda vez, el módulo Instrucción y Adiestramiento correspondiente a ese curso, excepto cuando sea por causa de lesión o enfermedad, en cuyo caso repetirá curso. b) No superar ningún módulo formativo del plan de estudios de la formación militar. A estos efectos no se computará el módulo de formación física y orden cerrado. c) No superar en un curso escolar como mínimo un número de módulos de la titulación de técnico superior cuya carga lectiva en horas sea equivalente, al menos, al treinta por ciento de las horas que corresponden a los módulos de los que está matriculado de la referida titulación, siempre y cuando no se encuentre encuadrado en tercer curso. d) Agotar las cuatro convocatorias y, en su caso, la extraordinaria, de cualquier módulo sin haberlo superado o exceder los plazos máximos previstos para finalizar los planes de estudios —todo el proceso de formación, para aquellos alumnos ingresados en los centros docentes militares que impartan enseñanza de formación para la incorporación a las escalas de suboficiales de los cuerpos generales y de Infantería de Marina, mediante las formas de acceso directo y por promoción sin exigencia de titulación de técnico superior, se deberá superar en un plazo máximo de cinco cursos académicos, sin perjuicio de la aplicación de la normativa en vigor para el título de técnico superior; el resto de los planes de estudios se podrá superar en dos años académicos—. e) Asimismo, un alumno podrá causar baja en el centro docente militar como consecuencia de la aplicación del ajuste de plazas.

Por último, recordar, como ya mencionamos, que las causas de la baja de los alumnos pertenecientes a la enseñanza militar de formación para el acceso a militar profesional de tropa y marinería por no superar las pruebas previstas en los currículos, se encuentran recogidas en las normas de los distintos currículos aprobados por el Ministerio de Defensa, a propuesta, según corresponda, de los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, y todo ello, con remisión a la Orden DEF/479/2017, de 19 de mayo, «por la que se aprueba las directrices generales para la elaboración de los currículos de la enseñanza de formación para el acceso a las escalas de tropa y marinería» (artículos 16 y 17) y a la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, «por la que se aprueba el régimen del alumnado de la Enseñanza de Formación» (artículos 31, 34, 42 y 43), y con las restricciones y particularidades recogidas en el Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, «por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza de las Fuerzas Armadas», y en el Real Decreto 1412/2006, de 1 de diciembre, «por el que se aprueba el reglamento que establece el procedimiento para la aplicación de las medidas de protección social para los militares de complemento y de tropa y marinería».

3.4. Carencia de las cualidades militares

Los alumnos que en el transcurso de su permanencia en los centros docentes militares demuestren una manifiesta carencia de las cualidades en relación con los principios constitucionales y las reglas de comportamiento del militar a los que se refiere el artículo 64.1 párrafos d) y f) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, serán sometidos a un expediente personal extraordinario, mediante resolución

motivada y previa audiencia del interesado. El expediente personal extraordinario seguirá el procedimiento marcado en el artículo 42. En dicho expediente personal extraordinario deberá hacerse constar los comportamientos detectados en el alumno que pongan de manifiesto la carencia de las cualidades, en relación con los principios constitucionales y las reglas de comportamiento del militar, así como las actuaciones penales, disciplinarias o académicas que de tales comportamientos se pudieran haber derivado y cualesquiera otros datos y circunstancias que justifiquen la baja del alumno por esta concreta causa²⁵. En este sentido, el artículo 64.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, dispone «La enseñanza de formación para la incorporación o adscripción a las diferentes escalas comprenderá los planes de estudios de formación militar general y específica y, en su caso, técnica y los planes de estudios de las correspondientes titulaciones del sistema educativo general. Los planes de estudios, en sus respectivos ámbitos, se ajustarán a los siguientes criterios: [...] d) Fomentar los principios y valores constitucionales, contemplando la pluralidad cultural de España; f) Promover los valores y las reglas de comportamiento del militar [...]».

Sin perjuicio de la manifiesta carencia de los principios y valores recogidos en la Constitución española de 1978, con especial incidencia en todo lo relativo a la pluralidad cultural de España, las reglas de comportamiento del militar, las podemos encontrar también definidas en el artículo 4 de la Ley de la Carrera Militar, al disponer «Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las definidas en la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas desarrollarán reglamentariamente las reglas de comportamiento del militar con arreglo a lo previsto en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta Ley y recogerá, con las adaptaciones debidas a la condición militar, el código de conducta de los empleados públicos». En este sentido, el artículo 20 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, igualmente concreta «Mediante Ley, de acuerdo con la Constitución, se establecerán las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, en especial la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia, así como el ejercicio del mando. El Gobierno, mediante Real Decreto, procederá asimismo a desarrollar estas reglas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas».

Pues bien, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas²⁶, en su artículo 6 que lleva por rúbrica «Reglas de comportamiento del militar» dispone que «Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes: Primera. La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye su primer y más fundamental deber, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta Ley. Segunda. Cuando actúe en misiones para contribuir militarmente al mantenimiento de la paz, estabilidad y seguridad y apoyar la ayuda humanitaria, lo hará

²⁵ Artículo 35 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, y artículo 71.2 c) de la Ley de la Carrera Militar.

²⁶ *Op. cit.* GARCÍA-MERCADAL, F. (2020). págs. 32 y ss. www.boe.es/biblioteca_juridica

como instrumento de la Nación española al servicio de dichos fines, en estrecha colaboración con ejércitos de países aliados y en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forme parte. Tercera. Pondrá todo su empeño en preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos durante la actuación de las Fuerzas Armadas en supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas. Cuarta. Estará preparado para afrontar, con valor, abnegación y espíritu de servicio, situaciones de combate, cualesquiera que sean las misiones de las Fuerzas Armadas y los escenarios de crisis, conflicto o guerra en los que desempeñe sus cometidos y ejerza sus funciones. Quinta. Ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos. Sexta. En el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe. Séptima. Adecuará su comportamiento profesional, en cumplimiento de sus obligaciones militares, a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción. Octava. La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas. Novena. Desempeñará sus cometidos con estricto respeto al orden jerárquico militar en la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas, que define la situación relativa entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad. Décima. La responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciable ni puede ser compartida. Los que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito. Undécima. Obedecerá las órdenes que, conforme a derecho, son los mandatos relativos al servicio que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le correspondan, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta. También deberá atender los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento. Duodécima. Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas y deberá comunicarlo al mando superior inmediato de quien dio la orden por el conducto más rápido y eficaz. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión. Decimotercera. El que ejerza mando reafirmará su liderazgo procurando conseguir el apoyo y cooperación de sus subordinados por el prestigio adquirido con su ejemplo, preparación y capacidad de decisión. Decimocuarta. Se comportará en todo momento con lealtad y compañerismo, como expresión de la voluntad

de asumir solidariamente con los demás miembros de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus misiones, contribuyendo de esta forma a la unidad de las mismas. Decimoquinta. Se preparará para alcanzar el más alto nivel de competencia profesional, especialmente en los ámbitos operativo, técnico y de gestión de recursos, y para desarrollar la capacidad de adaptarse a diferentes misiones y escenarios. Decimosexta. En el ejercicio de sus funciones, impulsado por el sentimiento del honor inspirado en las reglas definidas en este artículo, cumplirá con exactitud sus deberes y obligaciones».

Por su parte, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, reguladas mediante el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, desarrollan reglamentariamente, a lo largo de su articulado y sin una forma casuística²⁷, las reglas de comportamiento del militar, con arreglo, como ya hemos mencionado, a lo previsto en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, la Ley de la Carrera Militar y la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas.

3.5. Sentencia firme condenatoria por delito doloso

«Como consecuencia de una sentencia firme condenatoria por delito doloso, se podrá acordar la baja del alumno, teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta, previa tramitación de un expediente administrativo con audiencia del interesado. Al tiempo que se obtenga constancia comprobada de la existencia de tal sentencia se abrirá el correspondiente expediente que seguirá el procedimiento marcado en el artículo 42»²⁸.

De una primera lectura de este artículo 37 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, se desprende, como ya adelantamos inicialmente, que el legislador no impone imperativamente la pérdida de la condición de alumno, más bien ha querido que para los alumnos de los centros docentes militares de formación pueda examinarse si distintas causas o conductas han de implicar la baja del mismo. En definitiva, en este supuesto, la constancia comprobada de la existencia de una sentencia firme condenatoria por delito doloso llevará consigo la incoación del correspondiente expediente administrativo, que se tramitará de conformidad con el artículo 42 y en virtud del cual se podrá acordar la baja del alumno, teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta.

En este sentido, queda claro que se podrá acordar la baja del alumno, pero siempre teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta. Por ello, es necesaria la ponderación del tipo de delito y la pena impuesta en cuanto a su gravedad para determinar la baja del alumno afectado, así como que dicha ponderación guarde proporcionalidad con la gravedad apreciada por el juzgador penal.

²⁷ A modo de ejemplo, la regla octava de la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, «Disciplina», se desarrolla en el artículo 8 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. En el mismo sentido, la regla undécima, «Cumplimiento de órdenes», se desarrolla en el artículo 45.

²⁸ Artículo 37 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, y artículo 71.2 e) de la Ley de la Carrera Militar.

Como criterios interpretativos y no trasladables con carácter automático a los supuestos individualizados que la casuística puede presentar, pueden establecerse los siguientes²⁹:

- En cuanto al *tipo del delito*, resulta imposible establecer una relación del tipo *numerus clausus*, aunque en principio podrían ser susceptibles de conllevar la baja como alumno: delitos comunes. Aquellos delitos en los que según la dicción del artículo 8.14 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, afecten «al servicio, a la imagen pública de las Fuerzas Armadas, a la dignidad militar o causen daño a la administración». Delitos militares. Aquellos que presenten una conexión directa con bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, presumiendo así una incompatibilidad con los hechos motivadores de la condena. Nos encontraríamos ante delitos eminentemente dolosos y que, con independencia de la mayor o menor extensión de la pena, son suficientemente graves como para causar baja en el centro docente militar de formación. Pensemos así, por ejemplo, en un alumno condenado por sentencia firme a una pena de prisión de cuatro meses por un delito «contra los medios o recursos de la seguridad y defensa nacionales», de los tipificados en el artículo 29 del Código Penal Militar, Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre³⁰, con las accesorias de suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por haberse acreditado que el condenado accedió ilegítimamente con las claves de una persona autorizada a utilizar el sistema informático de archivos de su centro de formación militar donde se puede acceder a documentos de acceso restringido a determinados usuarios cuya función profesional está relacionada con los mismos.

No obstante, dado que un mismo tipo de delito puede revestir una muy diversa gravedad en sus consecuencias, habrá que tener en cuenta el artículo 13 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal —y sus ulteriores modificaciones³¹—, el cual establece una relación directa entre su gravedad y la de la pena asociada como castigo legal. Así: «Son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave. Son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con pena menos grave. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve». En el mismo sentido, el artículo 1.2 del Código Penal Militar concreta «Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente código. En todo caso será de aplicación el Título preliminar del Código Penal».

- Por lo que respecta a *la pena impuesta*, el artículo 33 del Código Penal establece que, en función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves³². En este sentido, el artículo 11 del

²⁹ Normas 06-2016 MAPER E. A. para tramitación de expedientes administrativos de resolución de compromiso por condena por delito doloso. REV. 2.ª. (Analogía).

³⁰ MILLÁN GARRIDO, A. 2017. *Justicia Militar*. Edit. Reus. 10.ª Ed. actualizada. Madrid

³¹ *Código Penal y legislación complementaria* (2020). Edit. Colex. 18.ª Ed. Madrid

³² Entre otras penas, son graves «La prisión permanente revisable. La prisión superior a cinco años. La inhabilitación absoluta. Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años

Código Penal Militar dispone que «Las penas principales que pueden imponerse por los delitos comprendidos en el Libro II de este Código, sin perjuicio de las que correspondan por aplicación del Código Penal en los casos así expresados, son: graves y menos graves. Son penas accesorias la pérdida de empleo, la suspensión militar de empleo y la revocación de ascensos³³».

Así pues, por la gravedad del delito y de su pena asociada (por su naturaleza), podría corresponder: para los delitos castigados con penas graves, baja del alumno en los casos de prisión y en los demás casos en los que la imposición de la pena inhabilite de forma evidente al expedientado para continuar su formación en el centro docente militar de formación; para los delitos castigados con penas menos graves, la baja del alumno resultaría de ponderar la duración de la pena y del tramo de la misma aplicado por el juzgador penal, teniendo en cuenta la posible inhabilitación para que el expedientado continúe su formación en el centro militar; para las penas leves, el expedientado no debería causar baja como alumno de su respectivo centro docente militar de formación.

Y, por la duración de la pena, podría corresponder: la baja del centro por la imposición de una pena de prisión superior a los dos años, dado que esta es la extensión que la ley establece con carácter general (artículo 80.1 del Código Penal) para que pueda acordarse la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a un delincuente primario. Si para el legislador, por encima de dicha extensión la pena de prisión ha de cumplirse, parece lógico que también por encima de dicha extensión, el alumno pueda causar baja en el centro docente de formación. Esto se aplicaría a las penas de naturaleza grave y menos grave. En el caso de penas militares, la extensión citada con anterioridad, se fijaría en tres años, que es el plazo que el artículo 15 del Código Penal Militar establece para la imposición de la pena accesoria de pérdida de empleo y, por extensión, como consecuencia del artículo 17, la baja en el centro docente, con la pérdida de la condición de alumno.

A pesar de todas estas consideraciones, los términos normativos son tan abiertos y los tipos penales —con sus consecuencias— tan numerosos que, salvo en casos extremos, estas pautas generales tratadas pueden no resultar aplicables al caso concreto en estudio. Cada condena concreta y el relato de los hechos probados de la sentencia servirán para fundamentar, caso por caso, los motivos por los que pueda considerarse procedente la baja del centro docente militar de formación del afectado.

[...]. Son menos graves «La prisión de tres meses hasta cinco años. Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años [...]». Son penas leves «La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año [...]».

³³ Son graves «Prisión superior a tres años. Pérdida de empleo. Inhabilitación absoluta para mando de buque de guerra o aeronave militar». Son menos graves «Prisión de tres meses y un día a tres años. Prisión de dos meses y un día a tres meses. Suspensión militar de empleo, de tres meses y un día a tres años. Multa de dos a seis meses. La pena de localización permanente de dos meses y un día a seis meses».

Además, se ponderarán también tanto las circunstancias personales del infractor, como su trayectoria profesional, siempre que sean alegadas por el propio interesado y estas sean susceptibles de fundamentar una valoración positiva del mismo.

4. PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN DE BAJA DE ALUMNOS DE FORMACIÓN

El procedimiento para resolver la baja de los alumnos de la enseñanza de formación será el siguiente³⁴: a) Los directores de los centros docentes militares de formación remitirán al respectivo director de enseñanza la propuesta inicial de baja, siempre que exista causa para ello, acompañada de los documentos justificativos pertinentes, entre los que figurará con carácter obligatorio el trámite de audiencia al interesado, que se materializará en la forma prevenida en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). b) Los directores de enseñanza estimarán la procedencia de tramitar la baja y, en su caso, trasladarán, a través de su mando respectivo, el expediente al director general de Reclutamiento y Enseñanza Militar, incluyendo en él, además, las consideraciones u observaciones que estimen oportunas, especialmente las relativas a la resolución que deba adoptarse. c) El director general de Reclutamiento y Enseñanza Militar presentará propuesta al subsecretario de Defensa, quien dictará la resolución definitiva que, en su caso, se publicará en el *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa*. Conforme a lo dispuesto en el artículo 21.3 de la LPAC, el plazo para dictar resolución expresa y notificarla en legal forma al interesado es de tres meses, contados desde la fecha en que se dicta la orden de incoación del expediente administrativo de baja en centro docente militar de formación. Transcurrido este plazo sin haberse dictado y notificado la correspondiente resolución y, al tratarse de procedimientos iniciados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables al interesado, de acuerdo con el artículo 25.1.b) de la LPAC, se producirá la caducidad del procedimiento³⁵. Todo ello, sin perjuicio de las posibles suspensiones del cómputo del plazo para resolver y notificar, de conformidad con los supuestos recogidos en el artículo 22 de la LPAC. d) La pérdida de la condición de alumno será definitiva a partir de la fecha de la publicación en el *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa*.

En el caso de los alumnos de formación para el acceso a la escala de tropa y marinería se seguirá un procedimiento más simplificado que consistirá en lo siguiente: a) Los directores de los centros docentes militares de formación remitirán al respectivo director de enseñanza la propuesta inicial de baja, acompañada de los documentos justificativos pertinentes, entre los que figurará con carácter obligatorio el trámite de audiencia al interesado. b) Los directores de enseñanza estimarán la procedencia de su concesión y dictarán la resolución definitiva que,

³⁴ Artículo 42 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril.

³⁵ No obstante, y como dice el apartado 3 del artículo 95 de la LPAC, la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

en su caso, se publicará en el *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa*. Siendo también de aplicación en este supuesto las normas de la LPAC, como hemos mencionado.

La situación de quienes causen baja como alumnos de la enseñanza de formación será la siguiente³⁶: a) al causar baja los alumnos perderán su condición militar, salvo que la tuvieran antes de ser nombrados alumnos, y el empleo militar que hubieran podido alcanzar con carácter eventual y en el caso de tratarse de alumnos cursando enseñanza para el ingreso en la escala de tropa y marinería se resolverá el compromiso inicial de quien lo hubiese firmado. b) Tendrán derecho a las prestaciones previstas en el Régimen General de la Seguridad Social, de acuerdo con la legislación que les resulte de aplicación.

5. CONCLUSIONES

I. Las distintas causas por las que se podrá perder la condición de alumno en los centros docentes militares de formación aparecen reseñadas en el capítulo VII (artículos 31 a 43) de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, «por la que se aprueba el régimen del alumnado de la enseñanza de formación», encontrando su conformidad en el artículo 71 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

II. Los nombrados alumnos mediante publicación en el *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa* tendrán condición militar, sin quedar vinculados por una relación de servicios profesionales, excepto aquellos que ya la tengan adquirida previamente a su nombramiento y, estarán sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares, así como a las normas que recoge el régimen del alumnado contemplado en la Orden DEF/368/2017 objeto de estudio.

III. Como extracto de las causas por las que los alumnos de la enseñanza de formación pueden causar baja en los centros docentes militares, podemos citar, la baja a petición propia; la insuficiencia de condiciones psicofísicas, con especial referencia a la detección del consumo de drogas; no superar las pruebas previstas en los currículos; carencia de las cualidades militares; la imposición de sanción disciplinaria de baja por falta grave o separación de servicio o resolución de compromiso por falta muy grave, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; sentencia firme condenatoria por delito doloso; pérdida de la nacionalidad española o, en el supuesto de extranjeros, la de origen sin adquirir la española u otra de las que permitan el acceso a la condición de militar de complemento o de militar de tropa y marinería; ser nombrado alumno de la enseñanza de formación de otro centro docente militar de formación.

IV. Igualmente, los alumnos de la enseñanza de formación podrán causar baja en los centros docentes militares de formación, por incumplimiento, en un

³⁶ Artículo 43 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril.

caso, en contra de lo declarado por el interesado, de las condiciones requeridas por el artículo 56 de la Ley de la Carrera Militar, para optar a la convocatoria para el ingreso en el correspondiente centro de formación y, en otro caso, de las condiciones requeridas para el ingreso comprendidas en el capítulo III del título IV de la Ley de la Carrera Militar y que deben ser mantenidas durante todo el periodo de formación.

V. La redacción pormenorizada de las causas por las que los alumnos de la enseñanza de formación podrán causar baja en los centros docentes militares, recogidas en la Orden DEF/368/2017, así como la difusa y compleja normativa de desarrollo de estas, hace que en numerosas ocasiones nos encontremos ante distintos problemas interpretativos.

VI. Insuficiencia de condiciones psicofísicas. Los alumnos de la enseñanza de formación que, durante su permanencia en los centros docentes militares, perdieran o no mantuvieran las condiciones psicofísicas exigidas para su ingreso y no pudieran continuar así con sus estudios, una vez acreditado esto mediante la preceptiva acta médico pericial, serán propuestos por el director del centro para causar baja en este, previo expediente administrativo instruido al efecto. Con el fin de evitar defectos de forma y ulteriores archivos del expediente administrativo incoado, se debe recalcar la importancia de que los órganos de la sanidad militar emitan dictamen de conformidad con las actas regladas de la Instrucción 14/2016, de 17 de marzo, y se acredite que la pérdida de condiciones psicofísicas que se debe mantener durante la permanencia del alumno en el centro, encaja en el cuadro médico de exclusiones exigible para su ingreso de la actual Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, modificada por la Orden PCM/79/2020, de 29 de enero y, en su caso, además, de la Orden Ministerial 23/2011, de 27 de abril.

VII. Detección del consumo de drogas. La intención del legislador es llamativa en este supuesto, primero incoa un expediente de baja en centro docente militar de formación y luego trata de acreditar o confirmar la efectiva insuficiencia de condiciones psicofísicas. La efectiva confirmación de la insuficiencia de condiciones psicofísicas se regula por la misma normativa que vimos al tratar la *baja por insuficiencia de condiciones psicofísicas*, pero con una particularidad importante, la orden de evaluación de informe de los expedientados se dirigirá a la Inspección General de Sanidad, solicitando dictamen sobre si estos se encuentran incluidos en el punto 10 del apartado de «Psiquiatría» del cuadro médico de exclusiones recogido en la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, modificada por la Orden PCM/79/2020, de 29 de enero, que dispone «*Trastornos mentales y del comportamiento* debidos al consumo de sustancias psicótropas o drogas, incluido el alcohol, así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica en el reconocimiento». Así, ya podemos adelantar, que el hecho de prejuzgar una insuficiencia de condiciones psicofísicas por el mero hecho de una detección, quedando al albur de una efectiva acreditación, lleva en la mayoría de los casos, por no decir en su totalidad, a un archivo del expediente de baja incoado al efecto.

VIII. No superar las pruebas previstas en los currículos. En este supuesto, la baja en los centros docentes militares de formación se motiva, principalmente, en las normas de evaluación y de progreso y permanencia en los centros docen-

tes militares, para la incorporación a las escalas de oficiales y en las normas de evaluación y de promoción y repetición de cursos en los centros docentes militares que impartan enseñanza de formación para la incorporación a las escalas de suboficiales. De la misma manera, la baja de los alumnos pertenecientes a la enseñanza militar de formación para el acceso a militar profesional de tropa y marinería la podemos encontrar en las normas de la orden por la que se aprueban las directrices generales para la elaboración de los currículos de la enseñanza de formación para el acceso a las escalas de tropa y marinería y en los distintos currículos aprobados por el Ministerio de Defensa, a propuesta, según corresponda, de los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

IX. Carencia de las cualidades militares. Sin perjuicio de la manifiesta carencia de los principios y valores recogidos en la Constitución española de 1978, con especial incidencia en todo lo relativo a la pluralidad cultural de España, los alumnos también podrán causar baja, previo expediente administrativo instruido al efecto, ante una manifiesta carencia de las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar, recogidas en la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas y desarrolladas reglamentariamente en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

X. Sentencia firme condenatoria por delito doloso. En esta causa, queda claro que se podrá acordar la baja del alumno, pero siempre teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta. En consecuencia, es necesaria la ponderación del tipo de delito y la pena impuesta en cuanto a su gravedad para determinar la baja del alumno afectado, así como que dicha ponderación guarde proporcionalidad con la gravedad apreciada por el juzgador penal. Por ello, a pesar de que podamos establecer pautas generales para tratar tal ponderación, cada condena concreta y el relato de los hechos probados de la sentencia servirán para fundamentar, caso por caso, los motivos por los que pueda considerarse procedente la baja del centro docente militar de formación del afectado.

XI. El procedimiento administrativo reglado para la resolución de todas las causas de baja de los alumnos de los centros docentes militares de formación se encuentra en la propia Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, con la particularidad establecida para los alumnos de la enseñanza de formación para el acceso a la escala de tropa y marinería.

BIBLIOGRAFÍA

2008. *Ley de la Carrera Militar*. Edit. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. Madrid.

GARCÍA-MERCADAL, F. 2020. *Código de leyes administrativas de la Defensa*. Edit. Ministerio de Defensa y la agencia estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. www.boe.es/biblioteca_juridica

FERNÁNDEZ BENITO, A. 2016. *Manual básico de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*. Edit. Ministerio de Defensa, Tribunal Militar Central, Secretaría General técnica. Madrid. <http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Normas 06-2016 MAPER E. A. para tramitación de expedientes administrativos de resolución de compromiso por condena por delito doloso. REV. 2.ª.

MILLÁN GARRIDO, A. 2017. *Justicia militar*. Edit. Reus. 10.ª ed. actualizada. Madrid.

2020. *Código Penal y legislación complementaria*. Edit. Colex. 18.ª ed. Madrid.

Normativa:

Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, «por la que se aprueba el régimen del alumnado de la enseñanza de formación».

Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, «por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas».

Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, «por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación», modificada por la Orden PCM/79/2020, de 29 de enero.

Resolución 404/38230/2007, de 27 de diciembre, de la Subsecretaría de Defensa, «por la que se suprimen determinadas juntas médico periciales ordinarias y delegan competencias en el ámbito pericial».

Instrucción 14/2016, de 17 de marzo, de la Subsecretaría de Defensa, «por la que se establecen los nuevos modelos de informe médico y de cuestionarios de salud para los expedientes de aptitud psicofísica y nuevos modelos de acta de las juntas médico periciales de la sanidad militar».

Orden DEF/1434/2016, de 31 de agosto, «por la que se establecen las normas de evaluación, de progreso y de permanencia en los centros docentes militares de formación para la incorporación a las escalas de oficiales», modificada por la Orden DEF/465/2018, de 27 de abril, y la Orden DEF/1269/2019, de 19 de diciembre.

Orden Ministerial 49/2011, de 28 de julio, «por la que se establecen las normas de evaluación y de promoción y repetición de cursos en los centros docentes militares que imparten enseñanza de formación para la incorporación a las escalas de suboficiales», modificada por la Orden DEF/778/2013, de 29 de abril, y Orden 60/2013, de 5 de septiembre.

Orden DEF/479/2017, de 19 de mayo, «por la que se aprueba las directrices generales para la elaboración de los currículos de la enseñanza de formación para el acceso a las escalas de tropa y marinería», modificada por la Orden DEF/788/2019, de 17 de julio.

Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, «por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza de las Fuerzas Armadas».

Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

2. EL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO Y SU CONTROL DE LEGALIDAD: INCIDENCIA EN LAS FUERZAS ARMADAS

*Bienvenido Apresa Rivera
Capitán auditor*

SUMARIO: 1. Aproximación a la institución del desahucio administrativo. 1.1. Concepto y naturaleza jurídica. 1.2. Marco normativo y habilitante de la potestad de desahucio administrativo. 2. Reflejo del desahucio administrativo en referencia al arrendamiento especial de viviendas militares y uso de residencias militares. 2.1. Normativa de aplicación: causas de extinción o caducidad del título. 2.2. El procedimiento administrativo de desahucio. 3. Autorización judicial como control de legalidad del acto administrativo de desahucio. 3.1. Control judicial: cuestiones competenciales. 3.2. El domicilio y su consideración en relación a las residencias militares. 3.3. Presupuestos o requisitos jurisprudenciales exigibles en el control de legalidad del acto administrativo de desahucio. 3.4. Ámbito extensivo del lanzamiento en las viviendas militares: situaciones conflictivas. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN DEL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO

El presente trabajo trata de analizar la potestad de desahucio administrativo profundizando sobre cuestiones teóricas y prácticas que pueden plantearse a nivel de asesoramiento jurídico en dicha materia. Ello nos lleva al estudio pormenorizado de la aplicación de tal institución en el ámbito militar y al análisis de los requisitos y presupuestos que deben concurrir, y que serán exigidos en el correspondiente control de legalidad del acto administrativo de desahucio administrativo.

1.1. Concepto y naturaleza jurídica

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹ señalan que las instituciones administrativas han ido formándose a medida que en determinados países y momentos empezaron a ser insuficientes los instrumentos civiles para atender las necesidades de la Administración pública. Esto ha permitido que aflorasen mecanismos, como el del desahucio administrativo, que constituye la plasmación de una de las potestades más reconocidas a las administraciones públicas para la protección, conservación y defensa de sus bienes.

Así, en primer término y apoyándonos en la doctrina administrativista, intentaremos alcanzar un concepto de desahucio administrativo que nos permita abarcar todos sus caracteres y supuestos, lo que nos llevará, inexorablemente, a profundizar en su propia naturaleza.

Cabe citar a SANTAMARÍA PASTOR, quien entiende que el desahucio administrativo es una manifestación de la potestad de recuperación que procede respecto de los bienes demaniales, permitiéndonos señalar, en relación con el procedimiento para el ejercicio de la potestad, que el mismo tiene la peculiaridad «de ser necesaria previamente la declaración de extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de uso de los bienes demaniales y, en su caso, la fijación de la indemnización que proceda»².

En similar sentido, J. BERMEJO VERA considera que «el desahucio es una potestad por la que la administración titular de un bien público puede instar unilateralmente el desahucio de los terceros que venían usando o aprovechando dicho bien, declarando el rescate o la caducidad de los títulos (autorización o concesión) y efectuando el posterior lanzamiento de sus ocupantes si estos no abandonan voluntariamente la posesión», añadiendo el autor que es una figura paralela a la del conocido como desahucio civil, regulado hoy bajo la forma del juicio verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 250.1.2.º LEC), «cuyo objetivo es la recuperación de la posesión de un inmueble cedido en precario por el propietario del mismo»³.

Otra corriente doctrinal, sin embargo, ha calificado el desahucio como una modalidad especial de uno de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos, en ocasiones entendida como compulsión sobre las personas (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, AGIRREAZKUENAGA), y en otras como la llamada ocupación directa de bienes (PARADA VÁZQUEZ).

La variedad terminológica, utilizada por el legislador con un amplio espectro, hace referencia a dos ideas diferentes, aunque relacionadas entre sí, la fuerza

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 15.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2011.

² SANTAMARÍA PASTOR J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, editorial Iustel, Portal Derecho S. A., 5.ª edición; cit., pág. 592.

³ BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo*. Parte Especial, Civitas, Madrid, 5.ª edición, 2001. Citado por MACÍAS CASTAÑO, J. M. «El desahucio administrativo. La problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional» (pág. 3).

obligatoria de un acto administrativo, privilegio de acto previo, y la posibilidad de hacer efectiva esa obligatoriedad incluso venciendo la oposición del particular afectado, privilegio de ejecución forzosa.

No obstante, GONZÁLEZ PÉREZ nos recuerda que «la potestad de ejecución forzosa es distinta y no debe confundirse con la potestad de imponer unilateralmente obligaciones a los ciudadanos, ya que esta última, que cronológicamente se sitúa en primer lugar, ni siempre lleva unida la de ejecución forzosa ni siempre implica cumplimiento de la obligación en sentido propio». En definitiva, y no podemos estar más de acuerdo, la potestad de ejecución forzosa puede incorporarse al acto administrativo, que quedaría así reforzado, pero no forma parte de su contenido esencial⁴.

Lo hasta ahora expuesto nos lleva a poner de manifiesto que la naturaleza jurídica del desahucio no es una cuestión ajena de polémica, ya que, como ha subrayado LÓPEZ MENUDO, se discute «si el desahucio se reconduce a la compulsión sobre las personas o si es una figura autónoma», operada a través de una recuperación de oficio, ejerciendo un peculiar *interdictum proprium* de la Administración pública que constituye un rasgo diferenciador importante con otras instituciones administrativas, como puede ser la conocida como potestad del reintegro posesorio⁵.

De tal modo, GOSÁLBEZ⁶ distingue ambas figuras, señalando que, mientras que la recuperación de oficio está prevista para proteger cualquier clase de bien o derecho público, previsto en el artículo 55 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas⁷ (en adelante LPAP), el desahucio está previsto para defender solo a los bienes y derechos demaniales según dispone expresamente el artículo 58 LPAP.

Una segunda diferencia se observa al examinar las causas habilitantes, es decir, los fines públicos o interés general a salvaguardar a través del desahucio administrativo, por cuanto SAINZ MORENO destaca que la principal diferencia entre la recuperación posesoria y el desahucio es el afirmar que el recobro posesorio se ejerce contra un poseedor que no ha tenido derecho alguno de posesión sobre el bien público, a diferencia del desahucio, que sí presupone algún previo título habilitante de esa posesión privada ahora ilegítima⁸. Incluso esta posesión por el particular puede seguir siendo legítima cuando la Administración, invocando un interés público, inicia el procedimiento de desahucio.

Por el contrario, la potestad de recuperación posesoria únicamente puede ejercerse para proteger la posesión administrativa cuando esta haya sido arrebatada

⁴ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *La recuperación posesoria de los bienes de las entidades locales*, Marcial Pons, Madrid, 2010 (pág. 14).

⁵ MUÑOZ MACHADO S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Iustel, 2005, p. 1052]

⁶ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *La recuperación posesoria de los bienes de las entidades locales*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

⁷ Desarrollada por el Reglamento aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto.

⁸ «Bienes de las entidades locales», en S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, Madrid, Civitas, pág. 1632.

o perturbada ilegítimamente, cuando se haya producido una usurpación de la posesión del bien público. La recuperación de oficio se prevé únicamente para acabar con una ocupación posesoria que siempre ha estado al margen de la legalidad, resultando ser un estado posesorio de ilegalidad *ab initio*, una verdadera usurpación de la posesión de un bien, una posesión que en ningún momento ha tenido un título jurídico que la amparara.

En conclusión, analizada la jurisprudencia, nos posicionamos a la orilla de la doctrina que califica al desahucio administrativo como una potestad administrativa característica de la llamada «autotutela administrativa declarativa», y no una potestad inherente a la autotutela ejecutiva; una manifestación, pues, de la llamada «autotutela administrativa conservativa» (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) o, dicho en otros términos, una potestad-función de carácter conservativo» (RUIZ LÓPEZ), como se desprenderá del análisis de la institución en posteriores páginas.

1.2. Marco normativo y habilitante de la potestad de desahucio administrativo

Una vez realizada una aproximación al concepto y naturaleza del desahucio administrativo, hemos de ubicar dicha institución en nuestro ordenamiento jurídico.

Al hilo del carácter demanial de los bienes objeto de protección, SAINZ MORENO⁹ recuerda que «toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general». A partir de aquí, la Constitución recoge y garantiza distintas categorías de bienes: los de propiedad privada (art. 33); los reservados al sector público (art. 128.2); los bienes patrimoniales de los entes públicos (art. 132.3); los bienes de dominio público en general, los comunales y los que integran el patrimonio nacional (art. 132).

En España, la vigente LPAP, parte implícitamente de dicha concepción, al incluir en el patrimonio de las administraciones públicas los bienes y derechos de dominio público (artículos 3.1 y 5.1 LPAP). No obstante, la doctrina administrativa española (VILLAR PALASÍ, PAREJO ALFONSO, GALLEGO ANABITARTE y NIETO GARCÍA, entre otros) considera que el dominio público no pertenece en propiedad a nadie, tampoco al Estado, que solo ejercería una protección en nombre y en interés público.

Si bien la potestad ejecutoria que permite a la Administración obtener la efectividad de sus resoluciones por sí misma no aparece mencionada expresamente en la Constitución, a diferencia de otras cuyo fundamento inmediato se encuentra en aquella, como la sancionadora o la reglamentaria, al respecto ha señalado el Tribunal Supremo, por ejemplo en una sentencia de 10 de noviembre de 1986 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), que: «Este Tribunal Supremo

⁹ Dominio público, bienes comunales, patrimonio del Estado y patrimonio nacional: artículo 132.º, Fernando Sainz Moreno, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil. Madrid: Cortes Generales, 1996-1999 (págs. 181-263).

ha dado por supuesta, siempre, la supervivencia de la potestad en cuestión, una vez promulgada nuestra norma fundamental, y el Tribunal Constitucional, por su parte, coincide explícitamente con tal criterio» (FJ 1).

En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de febrero de 1984, afirma que la facultad de autotutela *«se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución»* (FJ 4), como desarrollo del principio de eficacia predicado de la actividad administrativa en el artículo 103.1 de la carta magna, y en defensa del interés público.

Esto nos lleva a traer a colación el artículo 41.1 de la LPAP, donde se prevén las diferentes facultades y prerrogativas con que se apodera a las administraciones públicas para la defensa de su patrimonio y donde se recoge, junto a las de investigación, deslinde, recuperación de oficio de la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos, la de desahucio en vía administrativa (apartado d) *«a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia»*.

Su reconocimiento «genérico», esto es, predicable de toda Administración pública, se encuentra, más específicamente, en el artículo 58 de LPAP, al disponer que *«Las Administraciones públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros»*, esto nos permite considerar que la LPAP es la norma general básica sobre el patrimonio público que tipifica el desahucio administrativo como una potestad protectora de los bienes y derechos de titularidad pública.

2. REFLEJO DEL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO EN REFERENCIA AL ARRENDAMIENTO ESPECIAL DE VIVIENDAS MILITARES Y USO DE RESIDENCIAS MILITARES

2.1. Normativa de aplicación: causas de extinción o caducidad del título

El procedimiento de desahucio aflora en la esfera de las Fuerzas Armadas cuando, sirva de ejemplo, en determinados supuestos se extingue el derecho de uso de viviendas militares que se declaran expresamente como no enajenables o fenece el uso y disfrute de las residencias militares, por los motivos que la propia norma reguladora establezca.

La búsqueda de normativa que referencie al procedimiento de desahucio en el ámbito castrense nos lleva a acudir a la Ley 26/1999, de 9 de julio, *«de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas»*, que tiene por objeto establecer un sistema de apoyo a la movilidad geográfica a dichos miembros a través de ciertas medidas, entre la que destaca, en virtud del artículo 1, asignar en régimen de arrendamiento especial las viviendas militares en los casos singulares que contemple la propia ley.

Se trata de viviendas cuya titularidad o administración corresponde al actual organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED), integrándose en el patrimonio propio del mencionado instituto, con excepción de aquellas que constituyen un elemento inseparable de bases, acuartelamientos, edificios o establecimientos militares.

Recordemos que estos últimos inmuebles se encuentran en sitios en instalaciones militares afectas a la defensa nacional, de conformidad con lo establecido en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y en su norma de desarrollo, el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, lo que permite dar cobertura a ese fin público o interés general que se trata salvaguardar, y cuyo reflejo tiene en la propia Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (en adelante LORDN), toda vez que incluso el artículo 30 de la LODN, al prever que «En las zonas del territorio nacional consideradas de interés para la defensa, en las que se encuentren constituidas o se constituyan zonas de seguridad de instalaciones, militares o civiles, declaradas de interés militar, así como en aquellas en que las exigencias de la defensa o el interés del Estado lo aconsejen, podrán limitarse los derechos sobre los bienes propiedad de nacionales y extranjeros situados en ellas, de acuerdo con lo que se determine por ley».

A mayor abundamiento, la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, en su artículo sexto, establece que «las zonas declaradas de interés para la defensa nacional quedarán, a los efectos de esta ley, bajo la responsabilidad y vigilancia de las autoridades militares jurisdiccionales de los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire a cuya iniciativa se deba la declaración, las cuales serán las únicas competentes para realizar, en consonancia con las normas que reglamentariamente se establezcan, el despacho y tramitación de solicitudes y otorgamiento de autorizaciones referentes a la observancia y cumplimiento de cualquier clase de prohibiciones, limitaciones o condiciones impuestas en dichas zonas».

Pues bien, la lectura y análisis de los dos anteriores preceptos nos permite acentuar, en relación con la naturaleza jurídica de la acción de desahucio para la recuperación por parte de la propia Administración pública de la posesión indebidamente perdida de sus bienes y derechos, que la misma es configurada como una verdadera potestad y no como una simple facultad, por lo que no es de índole discrecional, sino de obligado ejercicio, y, como tal, la concurrencia de los requisitos empuja a desplegarla en aras de los bienes demaniales que se ponen al servicio de las propias Fuerzas Armadas.

Cabe significar y recordar que los bienes de dominio público están protegidos por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que propugna el artículo 132 de la Constitución, y que reproduce literalmente el artículo 30 de la LPAP. Igualmente resulta de aplicación el artículo 28 de la LPAP al establecer la obligatoriedad para las administraciones públicas de defender su patrimonio, obligación que, según el artículo 6 b) de dicha norma legal, habrán de cumplir de modo «diligente», «garantizando su conservación e integridad».

De tal forma, el Ministerio de Defensa haciendo valer el ejercicio efectivo del desahucio administrativo pretende recuperar la posesión indebidamente pérdida de un espacio y superficie de propiedad demanial ocupado sin autorización, o una vez extinguido el título que amparaba dicha ocupación.

Realizado un esbozo del fin o interés a proteger, y que nos ocupa, cabe señalar que el artículo 9 de la Ley 26/1999, establece que el derecho de uso de las viviendas militares que se declaren expresamente como no enajenables cesará por las siguientes causas: «a) Cambio en la situación administrativa que otorgó el derecho al uso de la vivienda; b) cambio de destino cuando implique cambio de localidad o área geográfica o, según lo establecido en el apartado 1 del artículo 8 de esta Ley, cuando la vivienda esté vinculada al citado destino; c) pérdida de la condición de militar de carrera o de militar profesional de tropa y marinería; d) pase a retiro del titular; y e) fallecimiento del titular».

Además, el artículo 10 de la Ley 26/1999 establece las causas de resolución de los contratos de las viviendas militares, consistentes en: «a) La falta de pago del canon arrendaticio de uso o de las cantidades cuyo abono haya asumido o sean repercutibles al usuario, correspondientes a tres mensualidades; b) El subarriendo o la cesión del uso de la vivienda; c) La realización de daños causados dolosamente en la finca o de obras no autorizadas por el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas que modifiquen la configuración de la vivienda y de sus accesorios o provoquen disminución de la estabilidad o seguridad de la misma; d) Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas; e) Cuando la vivienda deje de estar destinada a satisfacer la necesidad de vivienda habitual del beneficiario o se utilice para actividades ajenas a dicho fin; f) Cuando el titular disponga de otra vivienda adquirida por los procedimientos de adjudicación directa o concurso, a que hace referencia la Disposición adicional segunda de esta Ley; g) El fallecimiento del titular si no existen beneficiarios definidos en el artículo 6 o el de estos en su caso; y h) La extinción de las causas por las que se otorgó el derecho de uso de la vivienda, previstas en el artículo 6 de esta Ley».

Asimismo, podrá resolverse el contrato de cualquier vivienda militar por las siguientes causas:

«a) Cuando por razones de interés público se modifique el destino del inmueble; b) Cuando a resultas de la división horizontal de la finca haya de modificarse el destino de la vivienda; c) Cuando, con arreglo al planeamiento urbanístico en vigor, la parcela en que se ubique la vivienda no haya agotado su edificabilidad; d) Cuando haya sido declarada la ruina técnica, económica o urbanística de la vivienda o del inmueble en que se ubica, conforme a lo establecido en la legislación vigente en la materia; e) Previa y expresa aceptación por parte del titular del contrato o, en su caso, del beneficiario del derecho de uso, cuando la conservación de la vivienda, debido a su estado o características particulares, sea manifiestamente antieconómica; f) Cuando la vivienda se encuentre en el interior de una base, acuartelamiento, edificio o establecimiento militar y el titular del contrato o, en su caso, el beneficiario del derecho de uso, no esté destinado en unidades, centros u organismos ubicados en los mismos. Si el afectado es militar profesional

con una relación de servicios de carácter permanente, el realojo podrá realizarse en otra vivienda situada en el interior de una base, acuartelamiento, edificio o establecimiento militar, solo en el caso de que aquel esté destinado en unidades, centros u organismos ubicados en los mismos. La vivienda así adjudicada se regirá por el régimen establecido para las viviendas militares no enajenables, en el Real Decreto 991/2000, de 2 de junio».

Por último, debemos referirnos a la Orden 13/2009, de 26 de marzo, «por la que se establece la clasificación, usuarios y precios que deberán regir en las residencias militares del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire», al prever los titulares de uso de las residencias militares, y los requisitos que deben concurrir para su uso y disfrute, estableciendo, *a sensu contrario*, las posibles causas de cese o extinción de ese derecho, al objeto de exigir el desalojo de las mismas. Dicha orden distingue, en su apartado octavo entre titulares del derecho de uso y beneficiarios del mismo. Además, la mencionada orden determina, en su apartado noveno, cuáles son los usuarios específicos de las residencias de apoyo a la movilidad geográfica, y los requisitos que deben concurrir para hacerse acreedores de tal derecho.

2.2. El procedimiento administrativo de desahucio

Adentrándonos en el procedimiento del desahucio, cabe destacar que la regulación del mismo, con carácter básico para todas las administraciones, se encuentra en los artículos 58-60 de la Ley 33/2003, del 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

El desahucio se sustancia a través de un procedimiento administrativo especial y de carácter sumario¹⁰, dirigido a que una administración pública constate la necesidad de recuperación posesoria de un bien especialmente protegido, al objeto de proceder posteriormente, al desalojo y lanzamiento del ocupante ilegal, precisamente por carecer de título para ello, ser este insuficiente o haber caducado para el uso de una vivienda de protección oficial o de otro inmueble en cuya normativa reguladora se haya previsto esta forma coercitiva de recuperación posesoria.

Como destaca GALLARDO CASTILLO¹¹, en el procedimiento administrativo previo a la resolución de desahucio han de acreditarse o justificarse los presupues-

¹⁰ Así lo señala F. SAINZ MORENO (*Vid.* «Bienes de las Entidades Locales») al deducir las características del desahucio administrativo local según resulta del citado artículo 120 RBEL/1986. «Se trata de un procedimiento administrativo, dice, y sumario atribuido a la competencia de las corporaciones locales, de modo que su iniciación impedirá la intervención de otros organismos que no fueren los previstos en el Reglamento de Bienes, así como la admisión de acciones o recursos por los Tribunales ordinarios, salvo en los supuestos previstos en la Ley de Expropiación Forzosa (artículo 122). Además, es un procedimiento necesario, de modo que cuando concurren los supuestos para el desahucio, las Corporaciones lo efectuarán “en todo caso por vía administrativa” (artículo 120 RBEL)».

¹¹ GALLARDO CASTILLO: «El derecho de bienes de las entidades locales. Teoría y práctica jurisprudencial», Madrid, *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados-La Ley*, 2007;

tos y requisitos legitimadores del ejercicio de esta potestad administrativa y, en especial, la extinción del título administrativo habilitante de esa posesión privada contra la que actuará la resolución del desahucio, por lo que resulta evidente que no estamos ante un mero procedimiento ejecutivo o medio alguno de ejecución forzosa, sino ante un auténtico procedimiento administrativo declarativo que debe finalizar con una decisión administrativa declaratoria de la ilegitimidad de la posesión privada del bien público, concediendo al ocupante un plazo de cumplimiento voluntario para cesar la ocupación y apercibiéndole de la ejecución forzosa (desalojo coactivo o lanzamiento por los agentes administrativos) en caso de no efectuar el desalojo voluntariamente en el plazo y en las condiciones establecidas en el propio acuerdo del desahucio.

Por ello, GALLARDO CASTILLO añade que resulta imprescindible partir de una diferenciación previa: la que separa el desahucio administrativo, propiamente dicho, y el lanzamiento. El primero en modo alguno puede concebirse como una modalidad de ejecución forzosa, pues no es más que el procedimiento declarativo previo a la fase ejecutiva que aparece representada por el acto del lanzamiento.

Una vez declarada la extinción o caducidad del título con el que el administrado ocupaba el bien, el mismo deberá ser comunicado al interesado, confiriéndole el correspondiente trámite de audiencia, que constituye un trámite inexcusable que se proclama en el artículo 105.c) de la Constitución (*nemo damnari in audita parte*)¹².

Desde el punto de vista del interesado, representa una carga en la medida en que el derecho de audiencia es una de las facultades de tener que estar y pasar por las consecuencias negativas de su no ejercicio, por cuanto que el interesado es libre de atender o no al requerimiento que le hace la Administración de darle audiencia en el expediente que se le pone de manifiesto para que alegue lo que a su derecho convenga. En este caso podrá esgrimir la ausencia de extinción o caducidad del título habilitante posesorio.

GALLARDO CASTILLO nos indica, además, que «no debe olvidarse que esa necesaria extinción del título jurídico legitimador de la ocupación privada, que debe preceder a la resolución del desahucio, puede incluso declararse (y no solo constatarse o apreciarse) por la Administración mediante el mismo procedimiento del desahucio (véanse los arts. 58 y 59 LPAP), y esa decisión administrativa en modo alguno puede considerarse un acto propio de un procedimiento ejecutivo, decisión que, por cierto, no tiene que fundamentarse necesariamente en una usurpación producida (extinción por motivos de legalidad), sino que puede dictarse cuando razones de conveniencia al interés público así lo requieran (extinción

págs. 521-522. En cita de GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *La recuperación posesoria de los bienes de las entidades locales*, Marcial Pons, Madrid, 2010; pág. 13.

¹² La regulación general de la audiencia del interesado se contiene también en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) y, en materia de recursos, en el artículo 118 LPACAP se establece una regla especial sobre esta materia.

por motivos de oportunidad) reconociendo entonces la justa indemnización al legítimo ocupante»¹³.

De esta manera puede entenderse que respecto de la recuperación de oficio de los bienes públicos, el desahucio administrativo no es sino una modalidad en la que lo básico es que la Administración cuente «previamente con un título que, al menos *prima facie*, le habilite al efecto» (sentencia del Tribunal Supremo de 26 enero 1973).

En cuanto a la competencia para incoar y resolver el procedimiento de desahucio, en el caso de la Administración General del Estado, la competencia la ostentará el titular del departamento ministerial y, si se trata de organismos públicos, del presidente o director del organismo público que tenga afectados o adscritos los bienes (artículo 60 LPAP).

La autoridad con competencia para iniciar el correspondiente procedimiento de desahucio, en el ámbito del Ministerio de Defensa, difiere dependiendo del supuesto de hecho, en particular del tipo de vivienda o alojamiento militar objeto de desahucio administrativo.

Así, el Real Decreto 1080/2017, de 29 de diciembre, «por el que se aprueba el estatuto del organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED)» determina, en virtud del artículo 16.2, que al director gerente de dicho organismo autónomo le corresponde incoar y resolver los procedimientos de recuperación posesoria, y de desahucio respecto de los contratos suscritos por los usuarios de vivienda militar, por las causas contempladas en este estatuto, siendo la Subdirección General de Gestión del INVIED (art. 17) quien tramite los expedientes de desahucio y recuperación posesoria relativos a viviendas militares.

Producida cualquiera de las causas de resolución del contrato, si el usuario no desalojara voluntariamente la vivienda en el plazo de un mes, desde el requerimiento que le confiera al efecto el INVIED, se incoará el correspondiente expediente administrativo de desahucio, que se ajustará al procedimiento señalado en la legislación sobre viviendas de protección oficial¹⁴, cuya resolución deberá notificarse a los interesados en el plazo máximo de seis meses.

En el caso de no tratarse de viviendas cuya titularidad o administración corresponda al INVIED, por ejemplo aquellas residencias (alojamiento logístico militar) que constituyen elemento inseparable de bases, acuartelamientos, edificios o establecimientos militares, recordaremos que, en el caso del Ministerio de Defensa, la competencia en materia de infraestructura recae en el secretario de Estado de Defensa, según lo previsto en el Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, «por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa». Más concretamente, será la Subdirección General de Patrimonio de la

¹³ Ídem cit. 9.

¹⁴ Artículos 142 al 144 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, «por el que se aprueba el reglamento para la aplicación de la ley sobre viviendas de protección oficial», texto refundido aprobado por el Decreto 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre).

Dirección General de Infraestructura, dependiente de la Secretaría de Estado de Defensa, la que dirigirá la gestión de los bienes y derechos inmobiliarios afectos al Ministerio de Defensa y llevará su inventario, gestionando sus adquisiciones, expropiaciones y arrendamientos.

El acuerdo de inicio del procedimiento de desahucio corresponde, en este caso, a la Secretaría de Estado (por delegación del titular del departamento ministerial), de conformidad con los artículos 6 e), 41.1 c), 55, 56 y 57 de la LPAP, en concordancia con lo dispuesto en el apartado primero 1.a) de la Orden DEF 3140/2008, de 22 de octubre (BOE de 05/11/2008), «de delegación de competencias en materia de protección y defensa del patrimonio del Ministerio de Defensa».

Contra el acuerdo de inicio del procedimiento de desahucio no cabe recurso alguno, por considerarse acto de trámite, sin perjuicio de que contra la resolución que ponga fin al mismo pueda el interesado interponer cuantas impugnaciones o recursos estime oportunos y sean procedentes en derecho.

Con carácter previo a la incoación se ha podido comprobar la concurrencia de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la potestad de desahucio: a) identificación del bien y naturaleza administrativa del mismo, como puede ser un espacio reservado a uso residencial logístico en el interior de una residencia logística militar, afectado al Ministerio de Defensa para usos propios, con naturaleza demanial; b) comprobación del hecho de la ocupación y el sujeto responsable sin título habilitante por haber expirado, por ejemplo; c) tiempo de la perturbación: constante e ininterrumpida, y ello a pesar de requerimientos por escrito para que cesase en su ocupación y abandonase la residencia por no tener derecho a alojarse en ella; d) plazo legal para el ejercicio de esta acción: por tratarse de un bien demanial, en cualquier tiempo (art. 55.2 LPAP), es decir, no existe plazo legal alguno, al ser imprescriptible.

La resolución del expediente de desahucio, dictada por el secretario de Estado (por delegación de la Orden DEF 3140/2008), tendrá como objeto, conforme al artículo 59.1 de la LPAP, declarar la inexistencia de título alguno que ampare la utilización de los bienes de dominio público por el ocupante; conforme al artículo 59.3 de la LPAP, una vez extinguido el título que amparaba el uso demanial de la vivienda, requerir para que proceda al inmediato desalojo de la propiedad militar, cuya titularidad es de la Administración General del estado y está afectada a la defensa nacional, señalándose un plazo de ocho días para desocupar dicho espacio desde la notificación de la resolución; además, si no atendiese tal requerimiento en el plazo fijado, se declara procedente el desahucio y lanzamiento conforme a las prevenciones señaladas en el apartado 4 del artículo 59 de la LPAP.

Dicha resolución será notificada al interesado, en la forma prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que podrá interponer el recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente de la notificación, de conformidad con

el artículo 11.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (LJCA), o bien, con carácter potestativo, podrá interponer recurso de reposición ante el propio órgano que ha dictado la resolución, en el plazo de un mes, a contar, igualmente, desde el día siguiente a la notificación de la misma.

Como es bien sabido, los actos administrativos, por su privilegio de ejecutoriedad inmediata (arts. 99, 100, 101 y 102 de la LPACAP) y del mantenimiento de esta ejecutoriedad, no obstante su eventual impugnación administrativa (art. 112 LPACAP) o jurisdiccional (sin perjuicio de la adopción de medidas cautelares [arts. 129 y ss. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa]), obligan a su inmediato cumplimiento, cuya omisión puede ser suplida por los correspondientes medios de ejecución forzosa, habilitados al efecto por el ordenamiento jurídico.

3. AUTORIZACIÓN JUDICIAL COMO CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE DESAHUCIO

3.1. Control judicial: cuestiones competenciales

De manera excepcional, la ley, y en particular el artículo 99 de la LPACAP, exige la intervención previa de la autoridad judicial para la ejecución de algunas decisiones administrativas que pueden afectar a determinados derechos fundamentales.

La propia LPACAP, en su artículo 100. 3, al igual que su predecesora la LPAC 30/92 (96. 3.º) alude al supuesto más característico, que es la necesidad de obtener autorización judicial para la entrada de los agentes de la Administración en el domicilio del afectado por la ejecución de un acto, de no alcanzarse el consentimiento de este. En vía administrativa, el artículo 100.3 de la LPACAP dispone la necesidad del consentimiento del afectado, o en su defecto la oportuna autorización judicial para la entrada en domicilio con objeto de la ejecución forzosa por parte de las administraciones públicas.

Por consiguiente, el hecho de dictarse una decisión administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro de un domicilio particular. Por lo que sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho proclamado en el artículo 18.2 de la CE (inviolabilidad domiciliaria). Autorización judicial que se precisa para la ejecución de cualquier acto administrativo que implique la entrada en domicilio, incluyendo la finalidad de desalojarlo en virtud de expropiación, desahucio administrativo, orden de realojo o demolición.

La competencia para autorizar tal entrada en domicilio está atribuida a los juzgados de lo contencioso-administrativo en virtud del artículo 8.6.º de la LJCA, toda vez que «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administra-

tivo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia».

Por su parte, el artículo 91.2 de la LOPJ dispone que corresponde a los Juzgados de lo contencioso-administrativo autorizar mediante Auto la entrada en domicilios, así como en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.

Por lo que respecta a la competencia territorial, viene recogida en el artículo 14.1, regla tercera de la LJCA: «La competencia territorial de los Juzgados y de los Tribunales Superiores de Justicia se determinará conforme a las siguientes reglas: Tercera- La competencia corresponderá al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados cuando se impugnen planes de ordenación urbana y actuaciones urbanísticas, expropiatorias y, en general, las que comporten intervención administrativa en la propiedad privada».

Sin embargo, cuando ya se haya entablado recurso contencioso-administrativo contra el acto de cuya ejecución se trata, deberá respetarse la competencia del órgano que conozca del mismo y así lo puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998 de 13 de octubre, en relación con el hoy derogado artículo 87.2 de la LOPJ: «Una vez iniciado un proceso contencioso-administrativo en el que se discute sobre la legalidad y sobre la ejecución o suspensión de un acto contencioso-administrativo, el supuesto ya no entra en el ámbito del artículo 87.2 de la LOPJ, sino que es el órgano judicial del orden contencioso-administrativo el que sigue ostentando su potestad jurisdiccional sobre la cuestión y el obligado a otorgar su tutela efectiva. Así, en la STC 160/1991 ya dijimos que una vez recaída una resolución judicial que adquiriera firmeza y que dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para esa entrada, y se habría cumplido la garantía del art. 18 C.E.» (FJ 2.º).

Siguiendo este criterio el Acuerdo de la Junta de Presidentes de Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de abril de 1999 sostiene que: «En los casos en que se haya incoado recurso contencioso-administrativo y esté pendiente de tramitación o ejecución en alguna Sección de esta Sala, será competente para acordar la medida de entrada en domicilio cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, la Sección que esté conociendo del recurso, y ello conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998. En los casos en que no haya pendiente recurso sobre el objeto que versa la petición de entrada, será competente, conforme a la normativa citada y al número 5 (actualmente 6) del artículo 8 de la LJCA, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo que por turno corresponda».

En contraposición, debemos significar que las potestades recogidas en el artículo 41 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas suponen que las administraciones ejercitan su autotutela, de ahí

que el artículo 43 («Régimen de control judicial») establezca que en caso de que se ejerciten «de acuerdo con el procedimiento establecido» no cabe la acción posesoria del 250.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por lo que «las demandas en las que se ejercite esta pretensión no serán admitidas a trámite». En la misma línea, el artículo 15 de la LPACAP establece expresamente la prohibición de acciones posesorias, de tal forma que no se admitirán a trámite acciones posesorias contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

Queda por referirnos al supuesto en que se trate de ejecutar una medida ya autorizada por una resolución judicial previa.

En este caso, nos tenemos que plantear si es necesario recabar autorización de entrada en domicilio para la ejecución de sentencias firmes. Al respecto, la STC 160/1991 consideró que tales sentencias suplen o incorporan la intervención judicial específica requerida. Salvo en estos casos, la Administración debe interesar del juzgado competente la autorización de entrada, que el juez solo debe expedir mediante una verificación de que se cumplen los requisitos legales necesarios.

Inicialmente el Tribunal Constitucional, interpretando literalmente el artículo 18.2 de la CE exigió caso de que el afectado negase el acceso al domicilio «una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que, una vez dentro del domicilio, puedan ser realizadas», declarando en su Sentencia 22/1984 de 17 de febrero lo siguiente: «La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso» (FJ 5.º).

A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de, por ejemplo, llevar a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, solo en virtud de una específica resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro de un domicilio particular.

Sin embargo, posteriormente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991 de 18 de julio, y en el mismo sentido en la 76/1992, se aparta de la doctrina sentada en la 22/1984 al enfrentarse con un caso de ejecución de un acto administrativo de expropiación que imponía el desalojo y derribo de unas viviendas, pero cuya adecuación al ordenamiento jurídico ya había sido declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa, considerando innecesaria la solicitud de una nueva autorización judicial: «En el presente caso, dicho título ejecutivo lo constituyen las Sentencias firmes que confirmaron la expropiación de las viviendas de Riaño, que por cumplir el triple requisito de la constancia formal inequívoca, la certeza del contenido y la de sus destinatarios dispensa a la Administración que las cumple y ejecuta, de la necesidad de obtener una nueva resolución judicial que, por lo demás, ya no sería una autorización, sino un mandato judicial de entrada en domicilio» (FJ 8.ª).

Como nos indica FRÍAS LÓPEZ¹⁵, «la introducción de una segunda resolución por un Juez distinto no tiene sentido en nuestro Ordenamiento, una vez producida en el caso de que se trata, una sentencia firme en la que declara la conformidad a Derecho de una resolución expropiatoria que lleva aneja el correspondiente desalojo. Pues no cabe, una vez firme la resolución judicial, que otro órgano jurisdiccional entre de nuevo a revisar lo acordado y a reexaminar la ponderación judicial efectuada por otras instancias, que pudieran ser incluso de órdenes jurisdiccionales distintos, o de superior rango en la jerarquía jurisdiccional, pues ello iría contra los más elementales principios de seguridad jurídica. Y, si no es posible una intervención judicial revisora, tampoco resulta admisible una segunda resolución judicial que no efectuara esa revisión, pues se convertiría en una actuación meramente automática o mecánica confirmadora de la decisión judicial a ejecutar, lo que no constituye garantía jurisdiccional alguna ni responde a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución».

Sin embargo, para autores como LAFUENTE BENACHES¹⁶, habría que distinguir dos supuestos:

«De un lado, las Sentencias que declaran la legalidad de un acto administrativo cuya ejecución lleva implícita la entrada en domicilio, como un acto expropiatorio, en cuyo caso resultaría innecesaria por redundante, una nueva resolución judicial autorizando la entrada en el domicilio.

De otro, las Sentencias en que la entrada en domicilio no deriva necesariamente ni está implícita en el fallo, como en el caso de ejecución forzosa para el cobro de una sanción mediante embargo de bienes del deudor, de tal forma que se acuerda por la Administración entre otras posibles medidas necesarias para la ejecución, pues en estos casos la autorización judicial no sería redundante».

3.2. El domicilio y su consideración en relación a las residencias militares

En cuanto al concepto de domicilio, la STS de 11 de diciembre de 1998, siendo ponente Ramos Gancedo, establece que: «La inviolabilidad del domicilio, como el resto de los derechos fundamentales y libertades públicas que se consagran en los artículos 14 a 29 de la Constitución, es una significativa expresión de la dignidad del ser humano y del respeto que tal condición exige a los poderes públicos en sus relaciones con el individuo». Es por ello por lo que los derechos básicos de los seres humanos no solo deben ser y estar reconocidos en el ordenamiento jurídico del Estado, sino que, sobre todo, deben ser observados y respetados por los propios poderes públicos que, además, deben protegerlos y defenderlos frente a las propias tendencias estatales de invasión de los ámbitos de libertad del ciudadano, para ampliar y aumentar de esa manera el poder del Estado.

¹⁵ FRÍAS LÓPEZ, A., «Las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio». <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=235335>

¹⁶ Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio, págs. 82 y ss. Citado por Alejandra Frías López en «Las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio».

Es cierto, sin embargo, que los derechos fundamentales y las libertades públicas proclamados en el texto constitucional no tienen naturaleza de absolutos o incondicionales. Tampoco el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Porque en ocasiones, deben ceder ante la presencia de valores o intereses superiores en conflicto con aquellos que, en general, representan el bien común y que, por ello, deben prevalecer sobre el interés particular.

No obstante, estas excepciones al ejercicio de los derechos fundamentales deben ser establecidas con suma cautela y rigurosamente diseñadas y reguladas a fin de evitar que un exceso de permisividad en la excepción se convierta en patente de corso para invadir e impedir de hecho al ciudadano el ejercicio de los derechos básicos inherentes a su condición de ser humano, que quedarían así reducidos a un simple valor testimonial.

Pues bien, en cuanto a las residencias militares cabe traer a colación la famosa STC 189/2004, de 2 de noviembre de 2004, que tuvo origen en una demanda de amparo de un brigada del Ejército de Tierra, al considerar que la decisión del coronel director de la Residencia Militar Gran Capitán de Granada de acordar su desalojo de la habitación que ocupaba en la residencia mencionada, así como el empaquetado y traslado de sus ropas, enseres y efectos personales a otras dependencias de la misma residencia, vulneró su derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), al haberse producido sin mediar la preceptiva autorización judicial.

En dicho caso, nos encontramos ante una actuación de desalojo del demandante de la habitación que ocupaba en la residencia militar, que se llevó a cabo en cumplimiento de lo prevenido en las normas de régimen interior de la residencia. Estas normas disponen que, una vez se pierda la condición de usuario del establecimiento, dicha novedad será comunicada al interesado por el coronel director, al tiempo que le señalará la obligación de dejar la habitación que ocupa.

En ningún momento hubo resolución judicial concerniente al desalojo del recurrente, que efectuara una ponderación de sus intereses y derechos, incluidos, desde luego, los referentes al domicilio. En dicho caso estamos ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, que no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 CE (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 238/1992, de 17 de diciembre; 148/1993, de 29 de abril; 78/1996, de 20 de mayo; 199/1998, de 13 de octubre). Esta prerrogativa, sin embargo, no puede primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 171/1997, de 14 de febrero; 199/1998, de 13 de octubre), por lo que en los actos de ejecución la Administración tiene que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de ella, de suerte que cuando resultan necesarios la entrada o el registro en el domicilio de una persona, para llevarlos a cabo será preciso dar cumplimiento a los requisitos del artículo 18 CE.

De este modo, dado que constitucionalmente la Administración se encuentra inhabilitada por el art. 18.2 CE para autorizar la entrada en domicilio, el acto

administrativo que precisa una ejecución que solo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado no conlleva por sí solo el mandato y la autorización del ingreso, lo que implica que cuando este es negado por el titular debe obtenerse una resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, y 211/1992, de 30 de noviembre). En estos casos, el control que corresponde hacer al juez es el de «garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que no es el Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración, sino el Juez de la legalidad de la entrada en domicilio» (SSTC 76/1992, de 14 de mayo, y 199/1998, de 13 de octubre). Pero sin este control, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo naturalmente hipótesis excepcionales, como puede ocurrir con el estado de necesidad.

Por lo tanto, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, «en el caso que se examina debió recabarse una resolución judicial previa para la penetración en el ámbito protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria. Y ello sin entrar a considerar la legalidad y los efectos de la resolución dictada por el señor coronel director de la residencia militar apercibiéndose al demandante para que desalojara la habitación núm. 52 que le había sido asignada, ni las consecuencias de la decisión relativa al desalojo, ni las posibles resoluciones adoptadas o por adoptar por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo al que acudió en su momento el recurrente para impugnar las normas de régimen interior. La habitación asignada a una persona en un establecimiento de estas características tiene indudablemente la consideración de domicilio».

«[...] la decisión de ejecutar un acto administrativo y entrar en la habitación del demandante sin autorización judicial, contra o cuando menos sin la voluntad de su ocupante, y de extraer del domicilio sus pertenencias, enseres y efectos personales, integra una lesión del derecho fundamental del demandante a la inviolabilidad domiciliaria, en la medida en que fue desalojado de su domicilio sin consentimiento ni autorización judicial alguna, como expresamente se prevé en el art. 8.5 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo hemos declarado constantemente en nuestra jurisprudencia exigiendo bien un pronunciamiento judicial previo acordando el desalojo, que haría innecesaria una duplicidad de resoluciones judiciales (SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 9, y 92/2002, de 22 de abril, FJ 3, entre otras), bien la autorización judicial en los supuestos en los que no ha existido resolución judicial previa (SSTC 144/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3, y 139/2004, de 13 de septiembre, FJ 2, también entre otras muchas)».

El legislador de 2011 tenía que hacerse eco de esta doctrina, y así, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en su artículo 10.1, segundo párrafo, dispone que el militar «[...] También tiene derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de unidades, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico [...]». Por ello, el fundamento de las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio a fin de

proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos hay que buscarlo en el caso que nos ocupa en la protección de los bienes que conforman el dominio público e interés general.

3.3. Presupuestos o requisitos jurisprudenciales exigibles en el control de legalidad del acto administrativo de desahucio

Cuando la Administración pública acude a la autoridad judicial para hacer efectivo el acto administrativo porque el ocupante ha desatendido el requerimiento de desalojo voluntario, el Ministerio de Defensa tramitará la ejecución del mismo a través de los servicios jurídicos del Estado, quien recabará la autorización del juzgado de lo contencioso-administrativo competente en cumplimiento de las atribuciones otorgadas al mismo en el artículo 8.6 de la LJCA. A tales efectos, no debemos olvidar que el artículo 12.3 del Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, «por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa», dispone que la Asesoría Jurídica General es la encargada de las relaciones del departamento con los órganos de gobierno de la jurisdicción militar, la Fiscalía Togada y la Abogacía General del Estado/Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

El Ministerio de Defensa, mediante el desahucio administrativo, ejerce la potestad de autotutela conservativa que el ordenamiento jurídico le confiere para proteger la situación de sus bienes de dominio público, tratándose de una potestad que carece de límite temporal pues puede efectuarse en cualquier momento, dada la imprescriptibilidad del dominio público (art. 55.2 LPAP), y a diferencia de la recuperación administrativa de la posesión de bienes patrimoniales o privados, que solo puede ejercerse en el plazo de un año desde la ocupación (art. 55.3 LPAP) o perturbación de la posesión (artículos 132.1 CE, artículos 82.a LBRL y 70.1-2 RBEL).

El Tribunal Constitucional ha precisado la función del juez a la hora de intervenir en las autorizaciones sobre entrada en domicilio, que no es puramente mecánica sino de garantía de un derecho fundamental, controlando la existencia de un acto administrativo que sea ejecutivo o la necesidad de que la Administración solicitante deba de realizar determinadas comprobaciones en el ámbito de sus competencias, la necesidad de realizar la entrada en el domicilio para poder ejecutar el acto o ejercer la actividad administrativa, y que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.

Es significativa a este respecto la sentencia 76/1992 y la de 24 de septiembre de 2007, referenciándose a la STC 144/1987, al considerar que «Al ejercer esta atribución el Juzgado no asume el control de la legalidad de la actuación administrativa, sino que su función de garantía se agota al asegurar que la entrada domiciliaria es, efectivamente, necesaria para ejecutar un acto que, *prima facie*, parece fundado materialmente en un acto administrativo válido y dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias».

Sin embargo, aun cuando el juez no debe entrar a valorar la legalidad del acto administrativo cuya ejecución exige la entrada domiciliar, tampoco debe actuar de manera automática pues le corresponde valorar si la orden de entrada está en consonancia y se ajusta a los fines del acto cuya ejecución se pretende, y así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, por ejemplo, en las SSTC 114/1984, 53/1985 o 171/1997.

Por ello, esa circunstancia no permite considerar que el juez competente actúe con una suerte de automatismo formal (sentencia del Tribunal Constitucional número 22/1984, de 17 de febrero) o sin llevar a cabo ningún tipo de control (sentencia del Tribunal Constitucional número 139/2004, de 13 de septiembre), sino que deberá comprobar: (i) que el interesado es titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, (ii) que el acto cuya ejecución se pretende tiene cierta apariencia de legalidad *prima facie*, (iii) que la entrada en el domicilio es necesaria para la consecución de aquella, y (iv) que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho fundamental que consagra el artículo 18.2 de la Constitución que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (sentencias del Tribunal Constitucional números 76/1992, de 14 de mayo, o 139/2004, de 13 de septiembre).

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, señala en su sentencia de 22 de noviembre de 1999 que: «Debe partirse de la base de que el mecanismo previsto en el Ordenamiento jurídico, sometiendo la ejecución de los actos administrativos que precisen la entrada en un inmueble que constituya morada del ciudadano, se configura como un procedimiento de garantía de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio previstos y protegidos en el artículo 18 de la Constitución» (FJ 2.º).

Debe obligatoriamente atemperarse a los criterios expresados reiteradamente por el Tribunal Constitucional, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal Supremo, que han creado un cuerpo de doctrina tanto sobre el alcance de las potestades del juez para autorizar la entrada solicitada por la Administración, como sobre las exigencias que dicha petición debe cumplir para que pueda considerarse constitucionalmente legítima la limitación de tan relevante derecho fundamental.

Conviene recordar que la necesidad de autorización judicial para que la Administración pública pueda entrar en un inmueble para ejecutar forzosamente una previa actuación administrativa, como puede serlo la concernida en este asunto, pero necesitada de ello para su efectividad, constituye una excepción constitucional y legal al principio de autotutela administrativa reconocido por nuestro ordenamiento jurídico en favor de las administraciones públicas por razón de la necesaria efectividad del derecho fundamental subjetivo a la inviolabilidad domiciliaria consagrado tanto en el orden constitucional como en el internacional (v. artículos 18.2 de la Constitución española, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Es doctrina jurisprudencial reiterada (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 12 de diciembre de 2000, recurso núm. 6336/1993), la de que el ejercicio de esa potestad recuperatoria de los bienes demaniales está sujeto a requisitos fundamentales.

La STS de 10 de octubre de 2019 (rec. 2818/2017) se hace eco de los criterios del Tribunal Constitucional (SSTC 76/1992, 171/1997 y 50/1995) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cuestión que nos ocupa, y pueden resumirse en los siguientes requisitos o presupuestos:

1.º) Demostrar que los bienes usurpados son del dominio de la Administración que ejerce esta facultad.

Basta con la constancia de la condición de demanial del bien que la Administración trata de recuperar de oficio, sin necesidad de que aquella tenga que acreditar además la efectividad de una posesión pública del inmueble que, por lo demás, es inherente al carácter y régimen jurídico del bien, que se entiende destinado al uso público (art. 339.1.º Código Civil).

2.º) La existencia de un título ejecutivo, eficazmente documentado, con contenido coherente con la solicitud de autorización de entrada. Título ejecutivo que según algunos autores es semejante al regulado en el artículo 1429 de la LEC, de modo que ejecutado el acto abierto queda el proceso judicial del recurso contencioso-administrativo para enjuiciamiento de su legalidad, análogamente al procedimiento ejecutivo del artículo 1479 LEC.

Este requisito tiene su fundamento legal en el artículo 97 de la LPACAP, al disponer que las administraciones públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.

La autorización judicial habrá de considerar, como presupuesto propio, la existencia de un acto administrativo que ha de ejecutarse que, en principio, habrá de ser un acto definitivo o resolutorio, aunque son igualmente susceptibles de ejecución otros actos de trámite cualificados o no (como las inspecciones administrativas o tributarias u otros), cuando la naturaleza y la efectividad de los mismos así lo impongan y concurren, además, el resto de los requisitos (sentencia del Tribunal Constitucional número 50/1995, de 23 de febrero).

No es exigible la firmeza del acto para que pueda ser ejecutado mediante entrada, lo que no es más que concreción del principio de inmediata ejecutividad de los actos administrativos. Así lo han confirmado las STC 22/1984, 137/1985, 144/1987 y 199/1998. No obstante, no cabrá autorizar la entrada cuando el acto administrativo se encuentre suspendido o la norma de aplicación demore la eficacia del acto a un momento posterior.

3.º) El uso público debe haber sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria, lo que conlleva la correcta individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo.

Este presupuesto es el propio de cualquier interdicto, consiste en la existencia de una perturbación de la posesión por parte de terceras personas. La delimitación del destinatario ha de coincidir con el titular de la facultad de consentir el acceso al domicilio, así como hallarse notificada la decisión administrativa al destinatario (SSTC 137/1985 y 160/1991). Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a-4), de 14 de mayo de 2002 nos indica que: «la acción debe dirigirse contra el perturbador material o de hecho, es decir, contra aquel que en apariencia está poseyendo indebidamente» (FJ 2.^o).

Al respecto señala el artículo 97.2 de la LPACAP, que: «El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa». Y el artículo 99, ya enunciado, que, para proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos será necesario el previo apercibimiento del interesado.

Existe, sin embargo, una discusión doctrinal sobre la necesidad de oír en el seno del procedimiento de autorización judicial de la entrada en domicilio, en todo caso, al interesado, debiendo a nuestro juicio matizar este requisito, toda vez que habrá casos en los que ya se haya oído al interesado en la tramitación del procedimiento administrativo, por lo que una nueva audiencia, en ciertos casos, podría resultar redundante, y supuestos en los que la urgencia de la ejecución del acto administrativo haga imposible el cumplimiento de este nuevo trámite, (piénsese, por ejemplo, en un edificio en estado de absoluta ruina que exija un desalojo inmediato de sus ocupantes). Esto nos lleva a pensar que una medida de esta clase podrá adoptarse inaudita parte, sin perjuicio de recurso posterior, como admite para las medidas cautelares de especial urgencia el artículo 135 de la LJCA.

La doctrina constitucional que concluye que no resulta necesaria, en principio, la audiencia previa y contradictoria de los titulares de los domicilios o inmuebles concernidos por la entrada, habida cuenta que la posible autorización judicial ni es el resultado de un proceso jurisdiccional (autos del Tribunal Constitucional números 129/1990, de 26 de marzo, y 85/1992, de 30 de marzo, y Sentencia del Tribunal Constitucional número 174/1993, de 27 de mayo), ni dicha audiencia previa viene tampoco exigida expresamente por los artículos 18.2 de la Constitución, 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, 8.6 de la Ley 29/1998 o 113 y 142.2 de la Ley 58/2003.

Al hilo de lo expuesto, debemos hacernos eco de la doctrina del Tribunal Constitucional que nos lleva a pensar que no rige en esta materia el principio de subsidiariedad, es decir, que no es necesario, para que pueda solicitarse la autorización de entrada al juez, que se haya producido una previa negativa del interesado para permitir el acceso voluntario al domicilio. Así lo afirma el Tribunal Constitucional en su auto 129/1990, en el que se razona que «Tampoco cabe admitir la argumentación principal en que el recurrente apoya su demanda de amparo, a saber: que la autorización judicial para la entrada de la inspección tributaria en el domicilio personal ha de ser siempre y en todo caso posterior (y subsidiaria) al previo requerimiento del consentimiento de su titular y la subsiguiente negativa de este» (FJ 5.^o).

No obstante, especialmente rigurosa con el requisito de la audiencia al interesado ha sido la STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 1999: «[...] la audiencia otorgada en el proceso administrativo no resulta suficiente para garantizar la ausencia de indefensión en el ámbito del proceso judicial. El interesado ha de ser oído por el Juez antes de decidir en torno a la autorización pretendida, salvo en los supuestos de urgencia, donde la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad de las personas o bienes, o daño irreparable para el interés público o los derechos de tercero» (FJ 4.º).

Según este criterio disidente, de la jurisprudencia llamada menor, la necesidad de dar audiencia al interesado se deriva de lo previsto en el artículo 24.1 de la CE, que establece el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Al respecto, estamos totalmente de acuerdo, se ha de posibilitar, por lo tanto, la defensa de los intereses, y ello no resulta posible si el interesado no es oído por el juez, más aún cuando en ocasiones hay derechos en liza que pueden verse cercenados.

Por ello, y reproduciendo la referida sentencia del TSJ, «Debe tenerse en cuenta que la audiencia en el procedimiento administrativo y en el judicial tienen naturaleza distinta, pues en aquel los argumentos del recurrente se referirán a la conformidad o no a Derecho de la actuación administrativa, mientras que ante el Juez se utilizan argumentos distintos, pues partiendo de la base de la legalidad del acto administrativo puede ponerse de manifiesto la desproporción del medio utilizado en su ejecución. Además, pueden haber surgido nuevos datos de hecho tras la notificación de la resolución administrativa que puedan influir en la decisión judicial» (FJ 4.º).

Si se trata de una entrada inaudita parte se tiene que solicitar expresamente el consentimiento —bien informado— del titular del derecho, y dejar referencia a la posibilidad de su revocación en cualquier momento, pues es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional —sentencias núms. 22/1984, de 17 de febrero, 209/2007, de 24 de septiembre, y 173/2011, de 7 de noviembre— que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento, antes o durante la entrada o registro, pues ello no es más que el ejercicio de un derecho constitucional que, obviamente, no puede ser objeto de sanción por considerar que implica una voluntad obstruccionista.

No obstante, el interesado podrá acudir a la vía del recurso de apelación contra el auto de autorización judicial, lo que supone una garantía del procedimiento de entrada en domicilio, que reside en la recurribilidad de la resolución judicial que la permite. Dicha resolución se inserta, como un trámite más, en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa, y sería recurrible en apelación ante las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia (artículo 81.2, b, LJCA), aunque solo es recurrible a un solo efecto, es decir, a efectos declarativos, pero no suspensivos, lo que a nuestro juicio desvirtúa la garantía impugnatoria.

4.º) La apariencia de legalidad de la actuación administrativa, al incardinarse dicha actuación dentro de los límites de la competencia del órgano administrativo del que emana, lo que se reduce a verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias.

En sentido negativo ha de señalarse que el pronunciamiento sobre la solitud de entrada no puede derivar hacia un análisis de la legalidad o ilegalidad de fondo respecto del acto que se pretende ejecutar o respecto al ejercicio de las potestades administrativas a las que se asocia la autorización de entrada, dado que este enjuiciamiento corresponde hacerlo dentro de un procedimiento contencioso, a cuyos efectos el interesado ha tenido la oportunidad de impugnar el acto administrativo en vía contencioso-administrativa.

5.º) El agotamiento de todos los demás medios para la ejecución forzosa que no exijan invadir el espacio privado, es decir, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él.

Así, la función del juez se extiende no solo a la competencia del órgano administrativo que dictó la resolución y a la ausencia de indefensión por parte de los interesados, sino que muy especialmente se ha de realizar un juicio de proporcionalidad que valore los intereses en conflicto, de una parte la ejecución de un acto emanado de una autoridad pública que, evidentemente, ha de ser producido de forma regular y en el ejercicio de sus competencias o potestades, y, de otra parte, el derecho fundamental en juego, de forma que aun cuando el acto administrativo sea regular, la autorización puede y debe ser denegada, si existe una desproporción entre el fin pretendido por dicha resolución y el derecho fundamental en juego, como ocurrirá frecuentemente si la finalidad de la resolución puede ser conseguida por otros medios que, aun siendo más gravosos para la Administración, dejen indemnes el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio.

En este sentido, el artículo 99 de la LPACAP dispone que «Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales».

En todo caso, la ejecución forzosa por las administraciones públicas se efectuará respetando siempre el principio de proporcionalidad, de tal forma que si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirán el menos restrictivo de la libertad individual (artículo 100.1.º y 2.º LPACAP).

Reconocida la posibilidad de hacer efectiva la obligatoriedad de un acto administrativo incluso venciendo la oposición del particular directamente afectado, la LPACAP se ocupa en el artículo 100 de enumerar los posibles medios de ejecución forzosa, recogiendo como tales: el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas.

Estos medios, por su incidencia en la esfera personal y patrimonial de los ciudadanos, han de entenderse como cerrados o *numerus clausus*, de forma que

no cabe la aplicación de otros supuestos o modos distintos a los señalados para llevar a cabo coactivamente el cumplimiento de un acto.

En todo caso, es necesario distinguir entre el medio coactivo que puede emplear la Administración para vencer la eventual resistencia del ocupante y el procedimiento o cauce formal conforme al cual ha de utilizarse aquel medio coactivo, teniendo en cuenta que la propia ley positiviza el principio de proporcionalidad, en su manifestación de *favor libertatis*, al disponer en el artículo 100.2 que: «Si fueran varios los medios de ejecución admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual».

Este principio general del derecho ya había sido declarado de obligatoria aplicación a este ámbito por la jurisprudencia, pues, a diferencia de la Ley 30/92, no tenía mención expresa en la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, así, en esta línea, las SSTS de 22 de mayo de 1967, 22 de marzo de 1968 o 18 de junio de 1986, al señalar que «en los actos de intervención, la Administración debe inclinarse por las medidas menos restrictivas de la libertad individual, acogiéndose a las congruentes con los medios y fines del acto administrativo».

6.º) Que de la ponderación de intereses en conflicto resulte que debe ceder el particular frente al prevalente que defiende la actuación administrativa (STC 66/1985), ya que la entrada en el domicilio del administrado debe ser una medida adecuada y proporcionada para lograr la plena efectividad del acto administrativo, a cuyo efecto se exige que el obligado haya conocido el acto mediante formal notificación y dispuesto del tiempo suficiente para el cumplimiento voluntario (STC 137/1985).

Tanto en la solicitud de entrada y registro como en el auto autorizador debe figurar —dentro de su contenido mínimo— la finalidad de la entrada, con expresión de la justificación y prueba de su necesidad, de que es absolutamente indispensable o imprescindible, el único medio posible para conseguir la finalidad [...], y que han sido o podrían ser infructuosos otros posibles medios o medidas alternativas menos gravosas (sentencias del Tribunal Constitucional de 31 enero 1985, 24 de junio y 18 de julio de 1996). En este mismo sentido, y a tenor de esas mismas sentencias, tanto la solicitud como el auto que la autoriza deben ofrecer una explicación de la concurrencia del principio de subsidiariedad, que impone una adecuada constatación de que no hay otras medidas menos incisivas o coercitivas que afecten a un derecho fundamental para lograr la misma finalidad.

En relación con este imprescindible «fin legítimo» de la entrada en el domicilio y su necesidad, conviene recordar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia caso *Société Colas Est* y otros c. Francia, de 16 de abril de 2002, o sentencia de 30 de septiembre de 2008, *Isaldak c. Turquía*), según la cual, aunque los Estados gozan de cierto margen de apreciación para considerar necesaria una intromisión, ha de hacerse una interpretación estricta de las excepciones del artículo 8 del convenio, y debe quedar establecida convincentemente su necesidad en el caso concreto como verdadera garantía de que la intromisión en este derecho fundamental es imprescindible para alcanzar aquel fin legítimo.

Definición acertada del juicio de proporcionalidad ofrece la STC 69/1999, siguiendo el criterio sentado en sentencias anteriores como la 66/1995, 128/1995 o 55/1996, al señalar que el precitado juicio pasa por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto, siendo en este último elemento de juicio en el que vista la relación entre fines perseguidos, medida adoptada y derecho fundamental afectado, será posible integrar el peculiar modo en que se configura el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Este juicio de proporcionalidad se convierte en el canon de enjuiciamiento de la licitud de la autorización judicial de entrada en domicilio, en el que será posible integrar, con toda naturalidad, matizaciones respecto a la protección del domicilio de personas jurídicas.

En este sentido se pronunció la STC 171/1997 afirmando que la intensidad del control a realizar por el juez de la licitud de la entrada domiciliar requerida por la Administración para ejecutar el acto será tanto mayor cuanto mayor sea la incidencia de dicho acto en los derechos de libertad de los ciudadanos, en tanto en cuanto pudieran verse de tal modo restringidos o menoscabados mediante la efectiva realización por la Administración pública del acto que la entrada domiciliar viene a permitir.

El casuismo en la materia que nos ocupa es extraordinario, siendo así que es el caso concreto el que permitirá dilucidar si la medida invasiva que nos ocupe es, o no, idónea, necesaria y proporcional al fin perseguido.

En conclusión, debe concurrir y cumplirse el principio de proporcionalidad, en su triple vertiente —idoneidad de la entrada, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto—, *ad casum*, esto es, específicamente determinada en el supuesto de hecho analizado por el juez competente para otorgar la autorización (sentencias del Tribunal Constitucional núms. 69/1999, de 26 de abril, y 188/2013, de 4 de noviembre).

7.º) En relación con el lanzamiento, se debe garantizar que la irrupción en el domicilio o lugares asimilados se produzca sin más limitaciones a los derechos fundamentales que aquellas que sean estrictamente necesarias.

Así se fijará el día y hora de la entrada (mención que la STC 171/1997 calificó de perentoria para la autorización de entrada en un domicilio personal-familiar, pero que según la STC 69/1999 pierde relevancia cuando lo que se trata es de autorizar la entrada en un local abierto al público), el número máximo de personas que pueden entrar y designación del responsable de dirigirla, la extensión y límites del espacio registrable, si puede prolongarse en horas nocturnas y garantías caso de interrupción por esta causa, fijándose igualmente la obligación de la Administración de dar cuenta del resultado de haberla realizado y de cuantas incidencias se hubieran producido. De tal forma, el Ministerio de Defensa, porque así se requiere, remitirá al juzgado informe sobre la forma en que se ha llevado a cabo la entrada autorizada mediante el auto.

El lanzamiento supone la expulsión forzosa de los ocupantes de un inmueble y la entrega de su posesión al titular o adquirente del inmueble. El desahucio

no se identifica, pues, con el lanzamiento, sino que alude a un medio para recuperar la posesión de un bien que venía siendo utilizado legítimamente por el concesionario o por la persona autorizada, pero que como consecuencia de la extinción de ese título es reivindicado coactivamente por la Administración. En este sentido GONZÁLEZ PÉREZ¹⁷ señala que: «El desahucio administrativo, tal y como se regula en nuestro ordenamiento jurídico, no es el procedimiento administrativo propiamente ejecutivo. Es indudable que todo desahucio administrativo culmina en el lanzamiento de los ocupantes del inmueble, lanzamiento que sí constituye una manifestación típica de la ejecución forzosa [...] El procedimiento no se limita al lanzamiento, sino que en él se decide la resolución de los posibles contratos que legitimaban la ocupación».

Pues bien, la ausencia de un procedimiento, *stricto sensu*, de autorización judicial hace que en ocasiones veamos como el juzgado correspondiente autoriza la entrada por un plazo determinado, unas veces concediendo dos meses, en otras ocasiones un mes, transcurridos los cuales sin que se haya efectuado la entrada autorizada se considerará extinguida la misma. En ocasiones el propio auto de autorización determina o fija requisitos y condicionantes del propio desalojo, como puede ser que la entrada debe producirse en horario diurno o que siempre que no existan razones de interés público que lo impidan o dificulte, con carácter previo a la materialización de la entrada autorizada, se avisará a los ocupantes del inmueble indicándoles el momento en que se va a efectuar la entrada y la posibilidad de abandonar voluntariamente.

Los lanzamientos acordados en los expedientes administrativos a los que nos referimos, serán ejecutados por el organismo o entidad que tramitó el expediente, que designará la persona que haya de llevarlo a efecto, pudiendo, si lo estima necesario, recabar ayuda de los agentes de la autoridad.

En el caso de las Fuerzas Armadas, y en particular en la práctica de lanzamiento en residencias militares, se ha acudido al Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, «por el que se aprueban las normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas», al objeto de que la propia policía militar pueda auxiliar en el lanzamiento, en virtud de sus funciones de «velar por el orden y comportamiento» dentro del establecimiento militar (artículo 30). Además, la Administración puede llegar a recabar para el lanzamiento el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En todo caso, los gastos que ocasione el desalojo serán a cargo del detentador, pudiendo hacerse efectivo su importe por la vía de apremio. Todo ello, sin perjuicio de que en relación con las costas procesales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA, caso de apreciarse mala fe o temeridad en alguna de las partes, se proceda, por el juzgado de lo contencioso-administrativo a declarar la expresa condena en dicho concepto en el procedimiento judicial.

Además, no debemos olvidar que deberá procederse a la realización de un inventario de los efectos y enseres abandonados, ya que, en ocasiones, una vez

¹⁷ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. «El desahucio administrativo». VLEX. Libros y Revistas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 531, marzo-abril 1979.

determinado y comunicado el día y hora de lanzamiento, el interesado no se encuentra presente, pese haber sido informado.

3.4. Ámbito extensivo del lanzamiento en las viviendas militares: situaciones conflictivas

A continuación, expondremos una situación conflictiva que puede surgir, y que no tiene solución pacífica. Es el caso del cónyuge no militar que llega a ocupar la vivienda por asignación de un juez de familia en el seno de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

En determinadas ocasiones el juez de familia, con ocasión de una sentencia de nulidad, separación o divorcio atribuye el uso de la vivienda (que había sido la conyugal pero que era propiedad de la Administración militar). En este contexto, así pues, el juez civil no analiza ni considera, por estar al margen de su ámbito de cognición y resolución, en ocasiones, la situación que se somete a nuestra consideración en atención a la circunstancia de que la vivienda familiar sea una vivienda pública cuyo uso está atribuido a uno de los cónyuges, por ejemplo, por su condición o destino.

A tal respecto debemos invocar la jurisprudencia civil, entre la que destacamos la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014, dictada en el recurso de casación núm. 1574/2012, en la que concluye, en un caso distinto, pero análogo (vivienda propiedad de un tercero distinto de su consorte), y por lo tanto aplicable *mutatis mutandis*, que la resolución del juez de familia no atribuye más derechos —o derechos distintos— que aquellos que existían antes de la separación o el divorcio. Y el derecho que entonces existía no era otro que el de usar la vivienda conforme al régimen jurídico que determinó el nacimiento del derecho y que condicionaba su mantenimiento, por ejemplo, a un puesto o destino determinado. De resolverse lo contrario podría perjudicarse a aquel otro empleado público con derecho al disfrute de la vivienda, que sí reúne los requisitos legales correspondientes.

Este supuesto nos lleva a analizar la Ley 26/1999, de 9 de julio, de Medidas de Apoyo a la Movilidad Geográfica de los Miembros de las Fuerzas Armadas, en cuyo artículo 6 («Derecho de uso de la vivienda militar»), apartado 3, dispone que «En los casos de viviendas que, por sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, o por resolución judicial que así lo declare, se encuentren ocupadas por persona distinta del titular del contrato, el derecho de uso del adjudicatario tendrá el alcance que se determine en la correspondiente sentencia o resolución», añadiendo que «[...] en todo caso, sin perjuicio de lo que se determina en el artículo 9 para la pérdida del derecho de uso de las viviendas militares [...], y de lo dispuesto en el artículo 10 sobre resolución de contratos de las viviendas militares».

Para arrojar luz al asunto, hemos acudido al criterio judicial seguido, y nos hemos encontrado con alguna sentencia de la conocida jurisprudencia menor, y en particular al criterio acogido por el TSJ de Madrid, sección 8.^a, en diversas

sentencias, como la de 30 de septiembre de 2015, al determinar que «Por lo demás cumple manifestar que la asignación del uso de la vivienda en la sentencia de separación al cónyuge no titular, no puede alterar la titularidad de la relación arrendaticia, ni impedir la aplicación de las causas de extinción de la misma, de modo que aquel únicamente podrá permanecer en el uso de la vivienda en tanto el cónyuge titular lo siga siendo de lo contrario supondría posibilitar la ocupación de viviendas a quienes no cumplen los requisitos exigidos por la normativa sobre viviendas militares» (FJ 3.º).

A mayor abundamiento, la sentencia de dicho TSJ de fecha 21 de diciembre de 2016 destaca que: «Es cierto que el mismo artículo 6 de la Ley 26/1999, de 9 de julio, regula también en su apartado 3 los supuestos en que la vivienda militar se encuentra ocupada por persona distinta del adjudicatario por virtud de lo acordado en Sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, debiendo aplicarse, para determinar el alcance del derecho al uso del adjudicatario, lo dispuesto en tal resolución judicial. Sin embargo, que ello sea así no impide desconocer que, frente al derecho de uso —que es lo que dispone la sentencia de separación en este caso— hay que diferenciar el título por el que la vivienda fue adjudicada al esposo ya fallecido de la recurrente una titularidad que no alcanza sino al mismo adjudicatario y que crea un vínculo entre este y la Administración al que son ajenos otros usuarios, incluso aquellos que disfrutaban de la vivienda en virtud de un derecho de uso derecho reconocido por Sentencia del órgano judicial competencia en materia de derecho de familia».

En cualquier caso, la cuestión se complica aún más si el cónyuge beneficiario de su uso, por haber sido otorgado tras la sentencia del juez de familia, convive en dicha vivienda con los hijos menores del matrimonio, circunstancia que requerirá de una ponderación, por parte de las autoridades administrativas y judiciales, en los términos que resultan de la sentencia de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017, en la que se señala expresamente «que interpretada a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, se desprende que el juez de lo contencioso-administrativo, al autorizar la entrada en un domicilio particular para proceder a su desalojo en el que residan menores de edad, debe tomar en consideración la aplicación del principio de proporcionalidad, y, en consecuencia, adoptar las cautelas adecuadas y precisas para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de los menores» (FJ 2.º), conforme a las normas jurídicas internas e internacionales que resultan de obligada aplicación.

Al hilo de lo anteriormente expuesto, deberemos desgranar dichas normas jurídicas que se consideran de aplicación.

Los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en consonancia con el mandato establecido en los artículos 9.2 y 39 de la Constitución española de 1978, establece la obligación que se impone a todos los poderes públicos de proteger a los menores de edad ante cualquier situación de riesgo y de garantizar su desarrollo personal en condiciones adecuadas para procurar su integración social y familiar.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 impone a todos los poderes públicos la obligación de velar por el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños menores de edad, constituyendo, por tanto, un imperativo jurídico. También debe referirse que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, que engloba el derecho a la inviolabilidad del domicilio; disposición que ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de garantizar el derecho de protección jurídica de los menores.

Procede, asimismo, poner de relieve que, conforme a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en las sentencias 50/1995, de 23 de febrero, 69/1999, de 26 de abril y 188/2013, de 4 de noviembre, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio debe estar debidamente motivada y, consecuentemente, debe cumplir la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, de modo que pueda comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.

Por ello, la decisión que se adopte por el juzgado de lo contencioso-administrativo no debe suponer una desconsideración del deber jurídico que se impone a los jueces de lo contencioso-administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de tener que valorar y ponderar los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados.

De esta disposición procesal, interpretada a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, se desprende que el juez de lo contencioso-administrativo, al autorizar la entrada en un domicilio particular para proceder a su desalojo en el que residan menores de edad, debe tomar en consideración la aplicación del principio de proporcionalidad, y, en consecuencia, adoptar las cautelas adecuadas y precisas para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de los menores, sin poder meramente sostener dicho juzgado «que la presencia de menores de edad en la vivienda cuyo desalojo se pretende en ejecución de una resolución del Instituto de la Vivienda de Madrid (organismo dependiente de la Comunidad de Madrid), es “una cuestión de tipo social”, ajena al procedimiento judicial de autorización, «que debe resolverse por los órganos administrativos municipales o autonómicos» (FJ 2.º).

En definitiva, pueden entrar en conflicto diversos derechos e intereses, todos dignos de protección, pero en cualquier caso deberá valorarse la situación singular de los menores afectados y las circunstancias familiares concurrentes, que bajo ningún concepto pueden ser obviadas, sea cual sea el orden jurisdiccional que conozca del asunto.

4. CONCLUSIONES

I. Entendemos el desahucio administrativo como una potestad administrativa característica de la llamada autotutela administrativa declarativa-conservativa, es decir, no nos enfrentamos ante un mero procedimiento ejecutivo o medio alguno de ejecución forzosa, sino ante un auténtico procedimiento administrativo declarativo que debe sustanciarse y finalizar con una decisión administrativa declaratoria de la ilegitimidad de la posesión privada del bien público.

Por ello, debemos partir de una diferenciación previa, la que separa el desahucio administrativo, propiamente dicho, y el lanzamiento. El primero en modo alguno puede concebirse como una modalidad de ejecución forzosa, pues no es más que el procedimiento declarativo previo a la fase ejecutiva, que aparece representada por el acto del lanzamiento.

II. Se considera imprescindible y necesario que resulte acreditado, como requisito básico, la declaración de extinción o caducidad del título jurídico legitimador de la ocupación privada que debe preceder a la resolución del desahucio, si bien la misma puede declararse por la Administración mediante el propio procedimiento del desahucio.

No obstante, la decisión del ejercicio de la potestad de desahucio administrativo no tiene que fundamentarse necesariamente en una usurpación producida, sino que puede dictarse cuando razones de conveniencia al interés público así lo requieran, reconociendo entonces la justa indemnización al legítimo ocupante.

III. La competencia para autorizar la entrada en domicilio para la práctica de un desahucio administrativo está atribuida a los juzgados de lo contencioso-administrativo por el actualmente artículo 8.6.º de la LJCA. No obstante, en los casos en que se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa de desahucio, y esté pendiente de tramitación o ejecución, será competente para acordar la medida de entrada en domicilio cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, la autoridad judicial que esté conociendo del recurso.

IV. A los solos efectos de conceder o denegar la autorización de entrada en domicilio, no procede controlar la conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico del acto que se pretende ejecutar, ya que este enjuiciamiento solo podrá y deberá realizarse en vía de recurso contencioso-administrativo cuando directamente se impugne ante la jurisdicción el acto administrativo, de suerte que, simplemente se examinarán los requisitos formales jurisprudencialmente determinados, junto con el precitado juicio de proporcionalidad, es decir, si la entrada solicitada es una medida adecuada y proporcionada para la efectividad de la actuación administrativa.

Por ello, aun cuando el juez no debe entrar a valorar la legalidad del acto administrativo cuya ejecución exige la entrada domiciliar, tampoco debe actuar de manera automática pues le corresponde valorar si la orden de entrada está en consonancia y se ajusta a los fines del acto cuya ejecución se pretende.

Esa circunstancia no permite considerar que el juez competente actúe con una suerte de automatismo formal o sin llevar a cabo ningún tipo de control, sino que deberá comprobar: que los bienes usurpados son del dominio de la Administración que ejerce esta facultad; la existencia de un título ejecutivo, eficazmente documentado, con contenido coherente con la solicitud de autorización de entrada; la correcta individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo; la apariencia de legalidad de la actuación administrativa; el agotamiento de todos los demás medios para la ejecución forzosa que no exijan invadir el espacio privado; que de la ponderación de intereses en conflicto resulte que debe ceder el particular frente al prevalente que defiende la actuación administrativa; y en relación con el lanzamiento, garantizar que la irrupción en el domicilio o lugares asimilados se produzca sin más limitaciones a los derechos fundamentales que aquellas que sean estrictamente necesarias.

V. Se aprecia una falta de regulación estructurada y sistemática del procedimiento de desahucio administrativo, lo que ha provocado que, salvo aspectos muy parciales, la regulación de la entrada en domicilio para la ejecución forzosa de actos administrativos deba ser deducida de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Se considera que ante tal ausencia, las solicitudes de autorización deberían tramitarse o acomodarse al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, previsto en los artículos 114 y siguientes de la LJCA, dada su rapidez y la brevedad de los plazos, ya que ha de tenerse en cuenta que, en la inmensa mayoría de los casos, detrás de la ejecución forzosa del acto administrativo a través de esta vía, late o subyace una urgencia en el actuar administrativo, y en ocasiones pueden aflorar situaciones de especial protección, como puede ser la presencia de menores de edad en la vivienda cuyo desalojo se pretende en ejecución.

Además, la audiencia otorgada en el proceso administrativo no resulta, a nuestro juicio, suficiente para garantizar la ausencia de indefensión en el ámbito del proceso judicial de autorización judicial de entrada en domicilio, por ello, entendemos que el interesado ha de ser oído por el juez antes de decidir en torno a la autorización pretendida, salvo en los supuestos de urgencia, donde la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad de las personas o bienes, o daño irreparable para el interés público o los derechos de tercero.

VI. Se aprecian diversas situaciones conflictivas, como puede ser cuando el cónyuge no militar ocupa la vivienda o residencia militar por asignación de un juez de familia en proceso de nulidad, separación o divorcio, incluso se puede plantear que en dicha vivienda habiten los hijos menores del matrimonio. Tales supuestos requerirán que, por parte del juez de lo contencioso-administrativo que resuelva la autorización judicial de entrada en domicilio, se ponderen necesariamente los derechos e intereses en liza y, atendidas las circunstancias, se valore su prevalencia, lo que pudiera, incluso, llevar a la necesaria adopción de medidas cautelares, al objeto de impedir daños irreparables.

BIBLIOGRAFÍA

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.: «La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del Patrimonio. El desahucio administrativo».
- BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 5.^a edición, 2001.
- CASTRO RODRÍGUEZ, J., «Instrumentos y actuaciones para la protección de los bienes públicos» *http://repositorio.ual.es*. Visualizada 3 de agosto de 2020.
- FRÍAS LÓPEZ, A., «Las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio». *http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168496073&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490982&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&seccion=1109168469706&siteName=RevistaJuridica*. Visualizada 11 de agosto de 2020.
- GALLARDO CASTILLO, M. J., «El derecho de bienes de las entidades locales. Teoría y práctica jurisprudencial», Madrid, *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados-La ley*, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 15.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. «El desahucio administrativo». VLEX. Libros y Revistas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 531, marzo-abril 1979.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. *La recuperación posesoria de los bienes de las entidades locales. La Regla del buen juicio empresarial*. Marcial Pons, 2010.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «La recuperación posesoria de los bienes locales. ¿desahucio o interdicto administrativo?». *http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1104536*. Visualizada 15 de agosto de 2020.
- MACÍAS CASTAÑO, J. M., «El desahucio administrativo. La problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional».
- RUIZ LÓPEZ, M. A., «La potestad de desahucio administrativo». Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, 1.^a edición, julio 2012.
- SAINZ MORENO, F., «Bienes de las Entidades Locales», en la obra colectiva *Tratado de Derecho municipal, II*, dirigida por Santiago Muñoz Machado, Civitas, Madrid, 1988.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J.: «La ejecución forzosa del acto administrativo en el Derecho español».
- SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II.
- Búsqueda de jurisprudencia en la base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. *https://insignis.aranzadidigital.es/maflapp/search/template?stnew=false&stid=jurisprudencia*.
- Recopilación de criterios de la Sala Primera del Tribunal Supremo en recursos por interés casacional y en procedimientos de tutela civil de los derechos fundamentales.

3. ANÁLISIS RELATIVO A LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA Y SU INCIDENCIA EN EL CARÁCTER DE AGENTE DE LA AUTORIDAD DEL PERSONAL MILITAR

*Cristóbal Moreno Martínez-Ortiz
Capitán auditor*

SUMARIO: 1. La construcción de los estados excepcionales: especial incidencia en el estado de alarma. 1.1. Precedentes históricos. 1.2. Derecho comparado. 1.3. Construcción del precepto en la Constitución. 1.4. Requisitos para la declaración del estado de alarma. 2. El carácter de agente de la autoridad. 2.1. Estudio de la normativa. 2.2. Análisis del Real Decreto 463/2020. 2.3. Consideraciones acerca de la conveniencia de otorgamiento. 3. La operación Balmis. 3.1. Elementos jurídicos de la operación. 3.2. Utilización de las FF. AA. en la lucha contra la pandemia: una perspectiva desde el derecho comparado, y el eventual otorgamiento de agentes de la autoridad en otros países. 4. Exámen de las resoluciones judiciales relativas al particular. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS ESTADOS EXCEPCIONALES: ESPECIAL INCIDENCIA EN EL ESTADO DE ALARMA

1.1. Precedentes históricos

Los actuales estados excepcionales hunden sus raíces en las formas políticas más avanzadas de la Antigüedad. Concretamente ARISTÓTELES, en su división de los Gobiernos, distinguía la monarquía o Gobierno de uno solo, de su desviación, que es la tiranía, en función de que la persona que ostentase el poder obrase de acuerdo con el interés general o de acuerdo con el interés particular¹. En este sentido la defensa de la polis y la fraternidad en situaciones

¹ ARISTÓTELES, *Política*, libro III, capítulo V, «División de los gobiernos». De dicha obra, nos interesa destacar los siguientes fragmentos: «Siendo cosas idénticas el gobierno y la constitución, y

excepcionales quedaba ubicada en las decisiones del monarca, que ejerce con exclusividad el poder².

Fueron sin embargo los romanos quienes, a través de la figura del *dictator*, desarrollaron un sistema legal de concentración de poder excepcional ante situaciones de legítima defensa, dando vigencia al principio de derecho público conocido como *salus populi suprema lex*. Estos constataron que existen supuestos en los que no únicamente un ciudadano puede quedar amenazado por un riesgo, sino el Estado mismo, motivo por el cual se suspendía la vigencia de las leyes dando paso a una ley marcial de seguridad. A esa suspensión de la legalidad en caso de *tumultus* los romanos llamaban el *iustitium*. Como ha destacado ÁLVARO D'ORS, no se trataba de una suspensión momentánea entre los causantes y los pacientes de una amenaza peligrosa, sino de una suspensión global de toda la legalidad del Estado, una renuncia del mismo Estado a continuar viviendo, ante el peligro que le amenaza, bajo el mismo régimen de legalidad que venía observando³. Era la Constitución republicana la que determinaba que, elegido por el Senado, el dictador asumía toda la soberanía absoluta del Estado por seis meses.

Ahora bien, es reseñable el recelo y discusión que han suscitado los estados excepcionales desde sus orígenes, ya que el partido popular, en el siglo III a. C., consiguió supeditar el poder del *dictator* a la *provocatio ad populum*, quedando limitada la gestión autocrática a esa apelación ante los comicios populares, perdiendo así su principal utilidad. Este cambio propició que, ante el desconcierto general, fuesen algunos ciudadanos decididos los que asumiesen el poder en un primer momento, para reforzar posteriormente la figura del cónsul, procediendo así a una nueva regulación. Como ha destacado ÁLVARO D'ORS en relación a un particular momento histórico de peligro:

«Cuando Roma se vio en estado de alarma por el ataque de Aníbal, ya no se acudió a establecer una dictadura, sino que, en aquellos momentos de peligro y desconcierto general, el poder fue asumido espontáneamente por algunos ciudadanos decididos. Desde mediados del siglo siguiente fue el Senado quien acudió a resolver en los estados de necesidad, pero no directamente, ni por mediación de un dictador como antes, sino reforzando el mando de algunos magistrados superiores, normalmente los cónsules, a los que convertía, por el

siendo el gobierno señor supremo de la ciudad, es absolutamente preciso que el señor sea o un solo individuo, o una minoría, o la multitud de los ciudadanos. Cuando el dueño único, o la minoría o la mayoría gobiernan consultando el interés general, la constitución es pura necesariamente; cuando gobiernan en su propio interés, sea el de uno solo, sea el de la minoría, sea el de la multitud, la constitución se desvía del camino trazado por su fin [...]. Cuando la monarquía o gobierno de uno solo tiene por objeto el interés general, se le llama comúnmente reinado [...]. La tiranía, como acabo de decir, es el gobierno de uno solo, que reina como señor sobre la asociación política». Traducción de AZCÁRATE CORRAL, P., extraída de <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc03096.htm>.

² Sin prejuicio de que en otras polis, como Esparta, se erigiesen en una diarquía.

³ D'ORS, A. (1954), *De la guerra y de la paz*, Rialp, Madrid, pág. 40. De manera gráfica añadía que: «La voluntad de las leyes, su voz, se sustituye entonces por la voz y la voluntad de una persona real, más ágil y más inteligente que aquella otra para afrontar la situación de peligro y salvar del mismo a todo el Estado».

tiempo que durase el peligro, en magistrados de poder absoluto. La decisión del Senado por la que se adoptaba esta forma de excepción era el *senatus-consultum ultimum*. En él se ordenaba a aquellos cónsules que cuidasen, según su arbitrio, de que el Estado romano no sufriese perjuicio [...]. Con ese fin se les concedía una *potestas maxima*, en virtud de la cual podían hacer leva de soldado —en la forma rápida de *tumultus* y no en la forma ordinaria del *dilectus*—, podían también conducir la guerra, podían juzgar y castigar libremente a todos los ciudadanos romanos, así como a los aliados —*socii Latini*—, sin distinción entre el campo de batalla y el mismo recinto de la urbe. Venían a ocupar, de este modo, una situación parecida a la de los antiguos dictadores, pero con la diferencia de que no tenían autorización, como tenían los dictadores, para establecer reformas constitucionales válidas para el futuro; es decir, que carecían de poder constituyente»⁴.

Este inciso último es interesante, según veremos más adelante, ya que es una constante en el parlamentarismo moderno, el veto a las reformas constitucionales en tiempo de guerra o vigencia de los estados excepcionales⁵.

Obviando la conceptualización sobre el particular durante la Edad Media y la etapa absolutista en el continente por carecer —en nuestra opinión— de interés, sí interesa hacer referencia al Bill of Rights inglés de 1689 —que certifica la victoria del Parlamento sobre el modelo de monarquía absoluta tras un siglo convulso en las islas—, la Riot Act de 1714 y la Seditious Label Act de 1816. El *Bill of Rights*⁶ contiene una disposición que establece «Que el pretendido poder de suspender las leyes o la ejecución de las leyes por autoridad regia, sin consentimiento del Parlamento, es ilegal. Que el pretendido poder de dispensar las leyes o la ejecución de las leyes por autoridad regia, como ha sido asumido y ejercido últimamente, es ilegal [...]. Que el reclutamiento o mantenimiento de un ejército permanente dentro del Reino en tiempos de paz, a menos que sea con el consentimiento del Parlamento, es contrario a la ley»⁷. De este extracto puede colegirse que, en los albores del parlamentarismo, la autorización de la suspensión de derechos debía ser sometida a la autorización del Parlamento.

A su vez, la Riot Act de 1714 —texto legislativo que siguió vigente hasta 1973⁸—, cuya razón de ser estribaba en ser: «*An act for preventing tumults and riotous assemblies, and for the more speedy and effectual punishing the rioters*», posibilitaba a las autoridades locales a declarar toda reunión de más de doce personas como fuera de la ley, pudiendo proceder en consecuencia a la invitación del

⁴ D'ORS, A.: *op. cit.* págs. 41-42.

⁵ *Vid.* artículo 169 de la Constitución española.

⁶ Como es sabido, el Reino Unido no tiene una Constitución escrita al modo de los principios racionalistas surgidos en Francia con ocasión de la Revolución Francesa. Concretamente, y bajo el influjo de los principios historicistas defendidos entre otros muchos, por Edmund Burke, tiene leyes de marcado carácter constitucional que inciden de manera directa en su ordenamiento jurídico. El Bill of Rights entra en esa categoría.

⁷ Una versión en castellano del documento se ha extraído de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/20.pdf>, consultada el 1 de octubre de 2020 a las 10:35 horas.

⁸ <https://www.gutenberg.org/files/8142/8142-h/8142-h.htm>, consultada en fecha 2 de octubre de 2020 a las 7:35 horas.

grupo a dispersarse y, en caso contrario, a recibir los rigores previstos. Se erige, así pues, en un interesante ejemplo de cómo una disposición parlamentaria puede suspender bajo determinadas premisas el derecho de reunión. Por otra parte, la Seditious Label Act de 1816⁹ es un claro ejemplo de suspensión de la libertad de expresión en circunstancias tumultuosas.

Si examinamos la evolución constitucional norteamericana, su Constitución de 1787 establece en el apartado 2 de la novena sección del artículo 1 que: «El privilegio del *habeas corpus* no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión»¹⁰. Este apartado supone un claro ejemplo también de suspensión de un derecho fundamental en situaciones extraordinarias. Si acudimos a disposiciones más recientes en el tiempo, la War Powers Act de 1941 y la Second War Powers Act de 1942, confieren al presidente norteamericano, entre otros aspectos, la facultad de intervenir las comunicaciones entre los ciudadanos norteamericanos y el extranjero.

1.2. Derecho comparado

El análisis del derecho comparado en lo atinente a los estados excepcionales —si quiera sucintamente— es importante para saber en qué medida las disposiciones constitucionales de otros países europeos han influido en nuestra carta magna. Tres son los textos constitucionales vigentes en los que vamos a fijar nuestra atención: la Constitución francesa de 1958, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución portuguesa de 1976.

En relación al texto francés, de su artículo 16 se desprende que: «Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional. Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje. Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello». Si bien Francia es una república semipresidencialista y no es equiparable a nuestra nación, por ser esta una monarquía parlamentaria, es interesante destacar —como recoge el artículo 13 de la Ley Orgánica 4/1981 para el estado de excepción— la inclusión de supuestos que versan no solo sobre calamidades naturales o amenazas externas sino, a la alteración del normal funcionamiento de los órganos constitucionales.

⁹ El texto en inglés ha sido consultado en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo3and1Geo4/60/8/contents>, en fecha 3 de octubre de 2020 a las 9:45 horas.

¹⁰ Texto consultado en: https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf, en fecha 3 de octubre de 2020 a las 10:15 horas.

Si examinamos la Ley Fundamental de Bonn de 1949, quizá el texto que más ha influido en este aspecto en la Constitución Española de 1978, se observa que su artículo 35.3 regula lo que denominan el estado de catástrofe, en los siguientes términos. «Si la catástrofe natural o el siniestro pusieren en peligro el territorio de más de un *Land*, el Gobierno Federal podrá ordenar a los gobiernos de los *Länder*, en la medida de lo necesario para combatir eficazmente el peligro, que pongan a disposición de otros *Länder*, fuerzas de policía, así como emplear unidades del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras y de las Fuerzas Armadas para prestar su apoyo a las fuerzas de policía. Las medidas del Gobierno Federal tomadas en virtud de la primera frase se suspenderán en cualquier momento a petición del *Bundesrat* y, en cualquier caso, sin demora alguna después de haber sido conjurado el peligro»¹¹. Comprende, así pues un primer estadio integrado únicamente por situaciones catastróficas para después, en el art. 80 a), regular el estado de tensión: «Cuando en la presente Ley Fundamental o en una ley federal sobre la defensa, con inclusión de la protección de la población civil, se establezca que determinadas disposiciones jurídicas no pueden ser aplicadas más que con arreglo a lo establecido en el presente artículo, no estará permitida la aplicación de las mismas fuera del caso de defensa a menos que el Bundestag constate la existencia del caso de tensión cuando apruebe expresamente su aplicación. La comprobación del caso de tensión y la aprobación expresa en los casos previstos en el artículo 12a, apartado 5, frase 1, y apartado 6, frase 2, requieren una mayoría de dos tercios de los votos emitidos». Se establece, así pues, la obligación de prestar determinados servicios relacionados con la defensa nacional. Como tercer estadio, el artículo 115 a) 1 establece el estado de defensa, reservado a los casos de agresión armada: «La declaración de que el territorio federal es objeto de una agresión armada o que una agresión tal es inminente (caso de defensa) la hará el Bundestag con la aprobación del Bundesrat. Dicha declaración se hará a petición del Gobierno Federal y requiere una mayoría de dos tercios de los votos emitidos y, como mínimo, la mayoría de los miembros del Bundestag».

Como se colige de la triple división germana, los tres estados distintos —catástrofe, tensión y defensa—, tienen una influencia directa y cierta correspondencia con la división reflejada en los artículos 116.2, 116.3 y 116.4 de la Constitución, relativos a los estados de alarma, excepción y sitio.

En cuanto a las denominaciones escogidas por el constituyente español, se observa una influencia de la Constitución portuguesa de 1976, que regula los estados de excepción y sitio en su artículo 19:

«1. Los órganos de soberanía no podrán suspender conjunta ni separadamente el ejercicio de los derechos, libertades y garantías, salvo en caso de estado de Sitio, o de Excepción, declarado de la forma prevista en la Constitución.

»2. El estado de Sitio o el de Excepción, puede ser declarado solo en parte o en todo el territorio portugués, en casos de real e inminente agresión de fuerzas

¹¹ Consultado en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>, en fecha 3 de octubre de 2020 a las 11:05 horas.

extranjeras, o de grave amenaza o alteración del orden constitucional democrático o de desastre público.

»3. El estado de Emergencia será declarado cuando las condiciones referidas al mismo en el apartado anterior, sean menos graves y solo producirá la suspensión de algunos de los derechos, libertades y garantías susceptibles de ser suspendidos.

»4. Tanto la declaración del estado de Sitio como del estado de Excepción y su implementación, respetarán el principio de proporcionalidad y se limitarán, particularmente respecto a su duración extensión y medios empleados, a lo que sea estrictamente necesario para la rápida restauración de la normalidad constitucional.

»5. Las declaraciones de estados de Sitio y de Excepción serán suficientemente motivadas y especificarán los derechos, libertades y garantías que van a ser suspendidos. Sin perjuicio de la posibilidad de renovación, sometida a los mismos límites, no podrán durar por más de 15 días o, si hubiera una declaración de guerra, por más de la duración determinada por ley.

»6. Bajo ninguna circunstancia una declaración de estado de Sitio o de Excepción afectará los derechos a la vida, integridad personal, identidad personal, capacidad civil y ciudadanía, no retroactividad de las disposiciones penales, derecho a la defensa y a defender, o la libertad de conciencia y de religión.

»7. Las declaraciones de estados de Sitio o de Excepción, solo podrán alterar la normalidad constitucional de la forma prevista por la Constitución y la ley. En particular, no afectarán a la aplicación de las disposiciones constitucionales sobre responsabilidad y funcionamiento de los órganos de soberanía o de los órganos de autogobierno de las Regiones Autónomas, o los derechos e inmunidades de los titulares de tales cargos.

»8. Las declaraciones de estados de Sitio o de Excepción conferirán a las autoridades públicas competencia y responsabilidad para adoptar las medidas necesarias para el pronto restablecimiento de la realidad constitucional».

De este artículo se infiere la posibilidad de declarar, al igual que en el artículo 116 de nuestra carta magna, los estados excepcionales respecto de una porción del territorio; una división semejante a la prevista por el constituyente español, y una específica alusión al mantenimiento de la responsabilidad de los poderes públicos. Estimamos igualmente que ha podido influir en las prórrogas quincenales prevista en el artículo 116.2 para el caso del estado de alarma.

1.3. Construcción del precepto en la Constitución

En la evolución del constitucionalismo histórico español observamos una constante previsión en lo atinente a la suspensión de derechos bajo la declaración de estados excepcionales, en sintonía con el resto de Constituciones de la época. Comenzando por nuestro primer texto constitucional, el artículo 308 de la Cons-

titución de Cádiz de 1812 aludía a las garantías frente a detenciones, la inviolabilidad del domicilio y el sometimiento a la autorización de las Cortes, que otorgaba su consentimiento por un tiempo prestablecido. Con rasgos muy semejantes se regula el artículo 8 de la Constitución de 1837, el artículo 8 de la Constitución de 1845 y el artículo 9 de la *non nata* Constitución de 1856, si bien este último contenía una reseña a una previa ley de orden público, que debía aplicarse durante la suspensión, así como la prohibición de deportaciones fuera de la Península¹². Es, a juicio de PASCUA MATEO, el artículo 31 de la Constitución de 1869 donde se presenta una regulación con perfiles modernos, ya que, como constata, se amplían los derechos susceptibles de ser suspendidos, entre los que se incluyen las garantías frente a detenciones, inviolabilidad de domicilio, libertad de residencia, y libertades de expresión, reunión y asociación, algo que era consecuencia lógica de una mayor reconocimiento de derechos frente a los textos anteriores. Pero además se establecen garantías adicionales, como la aplicación durante la suspensión de garantías de una ley de orden público, establecida de antemano, y la prohibición de deportaciones superiores a 250 kilómetros del domicilio y la aplicación de otras penas prescritas por ley. En desarrollo de estas previsiones se dictó la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, en vigor durante más de sesenta años¹³. A esto se añade que durante la Restauración, el régimen previsto en el artículo 17 de la Constitución de 1876 es bastante similar, contando sin embargo con dos excepciones: la posibilidad de destierros a distancias superiores a la expuesta y, sobre todo, la facultad del Gobierno cuando no estuviesen reunidas las Cortes, de acordar la suspensión de los derechos enunciados en el propio artículo (los mismos que los aludidos en la Constitución de 1869) bajo su responsabilidad, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquellas lo más pronto posible. Por último, el artículo 42 de la Constitución de 1931 —junto con la ley de 21 de octubre de 1931, de defensa de la República, durante el mandato de las Cortes Constituyentes, y posteriormente la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933—, varía los requisitos inspirándose en los textos constitucionales de 1869 y 1976. Del primero se toma la necesidad de promulgar una ley de orden público, y del segundo la facultad del Gobierno de decretar la correspondiente suspensión sometida a la ratificación del Parlamento.

Tales precedentes constitucionales patrios, y tales influencias constitucionales extranjeras han desembocado en el artículo 116 de la Constitución, que establece que:

«1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

»2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin

¹² MONTERO DÍAZ, J. (1998), *Constituciones y Códigos políticos españoles*, Ariel, Barcelona.

¹³ PASCUA MATEO, F.: ese es su análisis, bastante certero, cuya sinopsis puede leerse en el portal de la Constitución en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=116&tipo=2>, con actualizaciones de GALINDO ELOLA-OLASO, F. y MIRANDA LÓPEZ, L., consultado el 6 de octubre de 2020 a las 7:35 horas.

cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

»3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

»4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

»5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. »Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

»6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes».

En desarrollo de este precepto constitucional se promulgó la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (en adelante LOEAES), que sin duda se erige en una herramienta útil para hacer frente a circunstancias extraordinarias que hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes, tal y como expresa su artículo 1.1.

1.4. Requisitos para la declaración del estado de alarma

La declaración del estado de alarma —único estado excepcional aplicado desde que se promulgara la Constitución— requiere una serie de premisas tanto sustanciales como formales, como puede deducirse del juego entre el artículo 116.2 de la Constitución y el artículo 4 de la LOEAES. Este último artículo establece¹⁴ cuáles son los supuestos en los que cabe tal declaración, y que podemos sintetizar en los cuatro ámbitos resaltados por el mismo: catástrofes de índole

¹⁴ Específicamente establece que: «El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.

»a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

»b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

natural, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales y desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Además, este estado puede declararse en todo o en parte del territorio nacional por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, de oficio o a petición del presidente de la comunidad autónoma, siendo así que el decreto gubernamental debe determinar el ámbito territorial, los efectos y la duración del estado de alarma, que no podrá exceder de quince días, salvo autorización del Congreso de los Diputados y debe comunicarse a esta cámara, junto con los decretos que se dicten durante su vigencia. De la comunicación del Gobierno se debe dar traslado a la comisión competente, que podrá recabar la información y documentación que proceda. En cuanto a la autorización de prórroga, que debe solicitarse antes de expirado el plazo inicial, su aprobación corresponde al Pleno, tras un debate ajustado a las normas establecidas en el artículo 74.2 del reglamento para los de totalidad. Por otra parte, los grupos parlamentarios pueden presentar propuestas sobre el alcance y las condiciones de la prórroga hasta dos horas antes del mismo. Todo este modo de proceder, en el que el Congreso de los Diputados juega un papel fundamental a diferencia del Senado —muestra de nuestro bicameralismo imperfecto—, está regulado en el artículo 162 del Reglamento de Congreso de los Diputados¹⁵.

De lo señalado hasta aquí, interesa destacar dos cuestiones. La primera es que esta situación de anormalidad impide, como ya destacáramos al examinar su regulación en época romana, la reforma de la carta magna según se desprende del artículo 169 de la norma fundamental¹⁶. La segunda, como ha manifestado entre otros FABIO PASCUA MATEO, se refiere a las prórrogas, al examinar el estado de alarma decretado el 4 de diciembre de 2010 mediante Real Decreto 1673/2010, con ocasión de la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. En ese momento se plantearon dudas acerca de cómo debía interpretarse

«c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo».

«d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

¹⁵ «1. Cuando el Gobierno declarase el estado de alarma, remitirá inmediatamente al Presidente del Congreso una comunicación a la que acompañará el Decreto acordado en Consejo de Ministros. De la comunicación se dará traslado a la Comisión competente, que podrá recabar la información y documentación que estime procedente.

«2. Si el Gobierno pretendiere la prórroga del plazo de quince días a que se refiere el artículo 116, 2 de la Constitución, deberá solicitar la autorización del Congreso de los Diputados antes de que expire aquél.

«3. Los grupos parlamentarios podrán presentar propuesta sobre el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga, hasta dos horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse la concesión de la autorización solicitada.

«4. El debate tendrá lugar en el Pleno y se iniciará con la exposición por un miembro del Gobierno de las razones que justifican la solicitud de prórroga del estado de alarma y se ajustará a las normas previstas para los de totalidad.

«5. Finalizado el debate se someterán a votación la solicitud y las propuestas presentadas. De la decisión de la Cámara se dará traslado al Gobierno».

¹⁶ El veto queda expresado en los siguientes términos: «No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116».

el apartado 5.º del artículo 116 de la Constitución cuando dice que: «Su funcionamiento [el del Congreso], así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados»» Dado que la prórroga implicaba extender el estado de alarma hasta el mes de enero que, de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución se encuentra fuera de los períodos de sesiones, podía ser necesario articular algún mecanismo que permitiera mantener las cámaras convocadas. No obstante, como dicho autor ha explicado: «ello se entendió innecesario dado que realmente al Parlamento no le restaba ninguna función adicional en relación con el estado de alarma más allá de controlar la labor del Ejecutivo. Se entendió que, en el caso de que surgiera la necesidad de adoptar alguna decisión, bastaba con recurrir a los instrumentos ordinarios de convocatoria del Pleno previstos en el artículo 73 de la Constitución De esta forma, sin más intervenciones del Congreso, el 15 de enero de 2011, a las 24 horas, decaía el primer estado excepcional que ha tenido lugar bajo la Constitución de 1978».

2. EL CARÁCTER DE AGENTE DE LA AUTORIDAD

2.1 Estudio de la normativa

La colectividad nacional, dice DE QUEROL Y DE DURÁN¹⁷ en su tratado sobre principios de derecho militar español, en defensa de su seguridad, existencia e independencia, necesita de medios eficaces para repeler los ataques a sus fines y desenvolvimiento.

La sociedad, por precisión defensiva, ha tenido que crear instituciones de fuerza. Y esta fuerza organizada «que es fuerza legítima y no violencia» se ha encarnado tradicionalmente en los ejércitos que, cuando se han hecho permanentes, pasan a convertirse en una función normal de la actividad del Estado, precisando el artículo 8 de la Constitución sus misiones: garantizar la defensa y soberanía de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

Estas apreciaciones desembocan, a nuestro juicio, en la necesidad de que se reconozca a las Fuerzas Armadas su carácter de agente de la autoridad, bien en el desempeño de actividades comunes de las Fuerzas Armadas, bien cuando su uso es preciso para la pervivencia del Estado. En este sentido cabe preguntarse en primer lugar qué es un agente de la autoridad. Señala el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que: «En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad»; especificando previamente el artículo segundo de dicho texto legislativo que: «Son Fuer-

¹⁷ DE QUEROL Y DE DURÁN, F. (1945), *Principios de Derecho Militar Español*, Naval, Madrid, pág. 18.

zas y Cuerpos de Seguridad: a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación. b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas. c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales». No se incluyen, así pues, los vigilantes y guardas jurados de seguridad privada, ya que la seguridad pública es una competencia exclusiva del Estado, y su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación¹⁸. El *Diccionario panhispánico del español jurídico* define esta figura como «funcionario que ejecuta órdenes de la autoridad o actúa en representación de esta».

Esta definición implica traer a colación qué debe entenderse por autoridad, y qué debe entenderse por funcionario público. De manera sintética puede afirmarse que, a efectos penales, la autoridad viene representada —según el art. 24.1 del Código Penal— por la siguiente dicción: «A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal». Como ha destacado la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1961, entre otras), se delimitan las personas que han de ser protegidas, en atención al cargo o función que desempeñan, frente a los ataques típicos, dispensando, en definitiva, protección a la función pública, sin olvidar que la autoridad pierde automáticamente su cualidad a los efectos de protección privilegiada que la ley le otorga al actuar al margen de ella o con notorio abuso de su cometido; y por otro lado, se delimitan también los sujetos activos de aquellas infracciones reservadas a autoridades. Si nos centramos en la figura del funcionario público, es el artículo 24.2 del mismo texto legislativo el que se expresa en los siguientes términos: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas». Desde una perspectiva más administrativista que penalista, se podría completar la definición añadiendo que es aquella persona que desempeña funciones retribuidas en las administraciones públicas al servicio de los intereses generales, unido por una relación de servicios profesionales regulada por el derecho administrativo. Desde un ámbito más restringido dentro del orden jurídico administrativo, se requiere que la persona acepte voluntariamente su participación en un concurso o examen, cumpla los requisitos exigidos, supere las correspondientes pruebas, y sea nombrado funcionario a través del acto administrativo artículos 9 y 10 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por el artículo único del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre). Es decir, que el agente de la autoridad es un funcionario que tiene como misión ejecutar órdenes de la autoridad, y que el funcionario sirve a la autoridad mediante actos de índole ejecutiva, es decir, que está encargado de aplicar, o hacer cumplir las disposiciones de la autoridad.

¹⁸ Esta es una idea básica, dentro de la teoría política, que debe presidir el funcionamiento de los Estados de derecho. Así lo proclama por otra parte el artículo 1.1 de la LO 2/1986.

Si nos centramos en la normativa que atañe a las fuerzas en lo que al carácter de agente de la autoridad se refiere, hemos de destacar la siguiente:

- La ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, en su disposición adicional tercera establece que: «Los miembros de las Fuerzas Armadas que presten sus servicios como policía militar, naval o aérea o que intervengan en las operaciones descritas en el artículo 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, tendrán carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, en las circunstancias y con las condiciones que reglamentariamente se determinen». Esta dicción implica una obligada referencia a la ley orgánica que en ella se cita.
- La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en su art. 16 e) señala que: «El cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas y el desarrollo de su contribución complementaria o subsidiaria de interés público requieren realizar diferentes tipos de operaciones, tanto en territorio nacional como en el exterior, que pueden conducir a acciones de prevención de conflictos o disuasión, de mantenimiento de la paz, actuaciones en situaciones de crisis y, en su caso, de respuesta a la agresión. En particular, las operaciones pueden consistir en: [...] La colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente».
- El Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, «por el que se aprueban las normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas», texto de referencia, es el que desarrolla con más nitidez el carácter de agente de la autoridad. De este real decreto nos interesa destacar, primeramente, el artículo 29.2 que señala lo siguiente: «Los miembros de las Fuerzas Armadas que presten su servicio como policía militar, naval o aérea, sin perjuicio de su carácter de fuerza armada cuando proceda, tendrán el carácter de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones». Además, el estudio de los cometidos asignados a la policía militar, naval o aérea del artículo 30, nos lleva a afirmar que ostentan las mismas capacidades que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. También es capital —en lo que a nuestro tema concierne y por la aplicación que del mismo se viene dando— la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010, relativa a las circunstancias y condiciones de actuación de los miembros de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad, que señala, en lo que ahora interesa, que:

«1. Los miembros de las Fuerzas Armadas tendrán el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones cuando intervengan encuadrados en la Unidad Militar de Emergencias, bajo mando o control operativo de esta, o en otras unidades de las Fuerzas Armadas, en las operaciones descritas en el artículo 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en las circunstancias que se indican a continuación:

»a) En los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad en las situaciones [...].

»b) En los supuestos de otras necesidades públicas en intervenciones en apoyo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en operaciones de vigilancia y protección o como consecuencia de atentados terroristas u otros actos ilícitos y violentos. Estas intervenciones se producirán en los términos que determine el Gobierno.

»2. En su actuación deberán cumplir las siguientes condiciones:

»a) Deberá mediar una orden en ejecución de decisiones tomadas por la autoridad con competencia para ello.

»b) Tendrán la formación y preparación adecuadas, que serán impartidas dentro de la enseñanza militar y de la instrucción y adiestramiento, con el fin de que conozcan sus obligaciones y derechos.

»c) Llevarán una identificación fácilmente visible sobre el uniforme que les acredite como agentes de la autoridad.

»3. También tendrán dicho carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones los miembros de las Fuerzas Armadas que presten sus servicios como policía militar, naval o aérea, de acuerdo con lo que establece el capítulo IV de las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas, que aprueba este real decreto.

»4. Los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada tendrán el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de funciones de vigilancia y seguridad marítima atribuidas legalmente o por convenios internacionales suscritos por España, que se llevarán a cabo sin perjuicio de las que están atribuidas a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a los integrantes de los organismos públicos con funciones de vigilancia marítima en el ejercicio de sus competencias».

Así pues, en los cometidos asignados por estos tres textos normativos de referencia, deben estar presentes, en circunstancias ordinarias, estas tres premisas: una orden de ejecución, formación y preparación y la identificación visible sobre el uniforme. Como estas circunstancias pueden variar, piénsese, por ejemplo, en un cabo primero destinado en el Regimiento de Infantería América 66, en Pamplona, en labores de escolta del coronel jefe del Regimiento, que podría en determinados actos institucionales vestir ropa civil. En estas circunstancias, a efectos de identificación, debiendo portar la tarjeta de identidad a la que alude la disposición adicional segunda del Real Decreto 194/2010, que a su vez está prevista en la disposición transitoria primera de la Orden DEF/316/2015, de 23 de febrero, «por la que se aprueban los medios de identificación que sobre el uniforme deben portar los miembros de las Fuerzas Armadas que tengan carácter de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones». Las características de este medio de identificación están previstas en la disposición transitoria primera de la orden ministerial, que establece que: «Los miembros de la Policía Militar, Naval o Aérea designados como escoltas de autoridades militares seguirán utilizando la tarjeta

de Identidad del Escolta regulada por la Orden 33/1987, de 12 de junio, «por la que se crea la tarjeta de identidad del escolta de autoridades militares y determina las autoridades facultadas para su expedición, hasta el desarrollo e implantación de la tarjeta de identificación personal a que hace referencia el artículo 9 de esta orden ministerial».

Es esta orden ministerial, por otra parte, la que especifica cuáles son las identificaciones visibles relativas a los militares que ejerzan como agentes de la autoridad, nombrando su artículo 5 las siguientes: brazaletes, chaleco, distintivo de identificación personal y tarjeta de identificación personal.

Existe, en suma, una clara e inequívoca voluntad del legislador de considerar a la policía militar como agente de la autoridad, siempre que cumplan el requisito objetivo de actuar en el ejercicio de sus funciones, ya sean las generales encomendadas con su «apellido» militar, o las que específicamente puedan ser asignadas.

Si nos centramos ahora en el ámbito de la protección del militar como agente de la autoridad, el artículo 35 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, establece que:

«1. El militar que cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 550 a 556 del Código Penal, contra autoridad militar, fuerza armada o policía militar, en sus funciones de agentes de la autoridad, será castigado con las penas allí previstas, cuyo límite máximo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito. Todo ello sin perjuicio de la aplicación del artículo 21 del presente Código.

»2. El que, en situación de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz, cometiere estos delitos será castigado con las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el Código Penal.

»3. A los efectos de este Código, se entenderá que son fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio reglamentariamente ordenado que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y, en el caso de la Guardia Civil, que no sea encuadrable en el ejercicio de funciones de naturaleza policial y, en todo caso, en situación de conflicto armado, en estado de sitio o cuando se encuentren integrados en unidades de las Fuerzas Armadas».

Es decir, que conforme al artículo 550.2 del Código Penal ordinario, una eventual agresión, intimidación grave, resistencia grave o acometimiento, podría ser castigada con pena de prisión de seis meses a tres años, incrementada en un quinto conforme a las reglas de determinación de la pena estipuladas en los artículos 70 y siguientes del Código Penal.

Si acudimos a la jurisprudencia para delimitar esta protección, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995, entre otras muchas, resulta ilustrativa, pues requiere la confluencia de estos cuatro elementos:

- a) Que el sujeto pasivo del ilícito penal sea una autoridad o uno de sus agentes.
- b) Que dicho sujeto pasivo se encuentre en el ejercicio de su cargo. Desde esta perspectiva es importante destacar que no debe extralimitarse en sus funciones.
- c) Que exista acometimiento, uso de fuerza, intimidación o resistencia grave por parte del sujeto activo sobre el pasivo.
- d) Que el sujeto activo del ilícito actúe con el ánimo o propósito de ofender, en el caso de que sea autoridad el sujeto pasivo.

Por otra parte, desde el punto de vista administrativo tendrán las atribuciones previstas en el artículo 77.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, en el ámbito de los medios y período de prueba en la instrucción del procedimiento establece que: «Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos harán prueba de estos salvo que se acredite lo contrario». Es decir, que los partes, atestados, actas u otros documentos formalizados según los requisitos legales en el ejercicio de sus funciones tienen valor probatorio, sin perjuicio, como es natural, de las pruebas que en defensa de sus derechos e intereses puedan aportar los administrados.

2.2. Análisis del Real Decreto 463/2020

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, «por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», ha sido —de acuerdo con los cauces analizados—, el instrumento utilizado para declarar el estado de alarma por parte del Ejecutivo en virtud del artículo 116 de la Constitución. Este estado de alarma fue prorrogado hasta en ocho ocasiones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 116.2 de la Constitución y el artículo 162 del Reglamento del Congreso, manteniéndose la excepcionalidad hasta el 21 de junio de 2020¹⁹.

En lo que a este trabajo atañe, es la disposición adicional quinta del Real Decreto 463/2020 la que otorga el carácter de agente de la autoridad a los miembros de las Fuerzas Armadas en los siguientes términos: «De acuerdo con la

¹⁹ Las prórrogas lo fueron, como no podía ser de otra manera, por quince días naturales. Se prorrogó hasta las 00:00 horas del día 12 de abril de 2020 por los artículos 1 y 2 del Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; hasta las 00:00 horas del día 26 de abril de 2020 por los artículos 1 y 2 del Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; hasta las 00:00 horas del día 10 de mayo de 2020, por los artículos 1 y 2 del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; hasta las 00:00 horas del 24 de mayo de 2020, por los artículos 1 y 2 del Real Decreto 514/2020 de 8 de mayo de 2020; hasta las 00:00 horas del 7 de junio de 2020, por los artículos 1 y 2 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo; hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, por los artículos 1 y 2 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio. En el momento en el que se escriben estas líneas, se dirime en el Congreso de los Diputados un cambio de interpretación en lo que a prórrogas atañe.

disposición adicional tercera de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, en relación con los artículos 15.3 y 16 e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, los miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de las funciones previstas en este real decreto tendrán carácter de agentes de la autoridad». Es decir, como no podía ser de otra manera, se invoca la normativa analizada en el correspondiente epígrafe. Esta atribución era indispensable porque, según el artículo 4.1, la autoridad competente designada ha sido el Gobierno, y una de las cuatro autoridades competentes delegadas, esto es, que están bajo la dirección de la Presidencia del Gobierno, ha sido la ministra de Defensa²⁰, que queda habilitada al amparo del artículo 4.3 para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, fuesen necesarias para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

En lo atinente al margen de actuación de los agentes de la autoridad, no precisa nada nuevo el Real Decreto 463/2020, ya que el artículo 5.2 indicaba que: «Los agentes de la autoridad podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos que sean necesarias para comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidas en este real decreto, salvo las expresamente exceptuadas. Para ello, podrán dictar las órdenes y prohibiciones necesarias y suspender las actividades o servicios que se estén llevando a cabo». Cabe preguntarse, en consecuencia, qué limitaciones ha entrañado la declaración del estado de alarma, y en qué medida han coadyuvado las Fuerzas Armadas en las restricciones. La participación de las Fuerzas Armadas —más allá de las sanitarias de desinfección y transporte, por citar dos significativas²¹— ha girado primordialmente en torno a las limitaciones de la libertad de circulación de las personas del artículo 7, y vigilancia de las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales del artículo 10. Esta participación, por otra parte, ha sido desarrollada a requerimiento previo de una autoridad competente delegada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.6, cuya lectura deberá hacerse a la luz de lo dispuesto en el artículo 15.3 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional: «Las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente». En este sentido, como la Administración autonómica ha conservado las competencias en la gestión ordinaria de sus servicios (art. 6 del Real Decreto 463/2020, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4 y 5 del mismo),

²⁰ Vid. artículo 4.2 a) del Real Decreto 463/2020.

²¹ La participación ha sido amplia y eficaz, sobre todo desde el punto de vista sanitario y logístico pero en el presente trabajo como es obvio debemos centrarnos en las que conciernen a la limitación de determinados derechos.

el impacto de la labor de las Fuerzas Armadas ha sido distinto en las diferentes comunidades autónomas.

2.3. Consideraciones acerca de la conveniencia de su otorgamiento

Sobre la conveniencia de su otorgamiento, el reconocimiento de los militares como agentes de la autoridad en el curso de la Operación Balmis ha posibilitado, principalmente, el ejercicio de dos actividades: la identificación de terceras personas y la detención.

Sobre la identificación a terceras personas, el artículo 16.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, establece en lo que ahora interesa que: «En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos: a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito. En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuere preciso a los efectos indicados [...]». Esta identificación a terceras personas, así pues, implica la paralización de la actividad cotidiana del ciudadano y no entraña una privación de libertad —como sucede con la detención—, y por tanto queda fuera del núcleo esencial de protección del artículo 19 de la Constitución, siempre que estas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin perseguido. El fin perseguido sería, con arreglo al artículo 16.1 citado, bien indicios racionales de la comisión de una infracción, bien cuando sea necesario prevenir la comisión de un delito. Esta posibilidad de identificar a los ciudadanos entronca directamente con lo establecido en el artículo 2.2 del Real Decreto 1553/2005, que se expresa en los siguientes términos: «Todas las personas obligadas a obtener el Documento Nacional de Identidad lo están también a exhibirlo cuando fueren requeridas para ello por la autoridad o sus agentes». Existe copiosa jurisprudencia que manifiesta que una identificación improcedente puede dar lugar a una denuncia contra el agente, por tanto, habrá que examinar las circunstancias particulares, atendiendo a los casos en los que aparece racionalmente justificada. En casos extremos —que durante la operación se ha producido—, en los que la identificación fuese indispensable, y el sujeto no quisiese identificarse, se puede trasladar a la persona en cuestión a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas (art. 16.2); informando de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso,

del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales. Asimismo, se dejará constancia mediante asiento en el libro-registro de seguridad ciudadana de las diligencias practicadas (art. 16.3); expidiendo a la salida un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes (art. 16.4). En la práctica, estas últimas actuaciones las han realizado las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado después de haber practicado el personal militar la detención. A su vez, el art. 16.5 contempla que en casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, en la Ley Orgánica 4/2015. Este último precepto habrá que ponerlo en consonancia con lo dispuesto en el artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se señala que no se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle.

Toda esta actividad identificativa nos lleva al examen de la segunda actividad a la que hemos aludido: la detención. Si bien en algunos campos ajenos al jurídico se utiliza el concepto de «retención» para designar la privación temporal de libertad efectuada por un militar que actúa como agente de la autoridad —quizá motivado por el hecho de que se hace posteriormente una transferencia del detenido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado—, no hemos sino de desecharlo por considerarlo inconstitucional. La detención es, de manera sucinta, la privación temporal de libertad de una persona ante la sospecha de que sea responsable de una infracción penal. Esta facultad ha sido utilizada en determinadas situaciones, el artículo 32 del RD 194/2010 señala que: «Estando de servicio y en ausencia de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad los miembros de la policía militar, naval o aérea intervendrán ante delitos flagrantes de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tan pronto como les sea posible recabarán la presencia de aquellos y darán cuenta de su actuación a sus superiores». Ahora bien, siendo este artículo reiterativo en el campo de las atribuciones de agente de autoridad, ¿en qué casos puede practicarse una detención con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal? Según su artículo 491 podría llegar a detener el particular, y el artículo 492 reseña la obligación que tiene la «Autoridad o agente de Policía Judicial» en los supuestos previstos en el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo importante, a nuestro juicio, es que de acuerdo con la necesidad de formación adecuada prevista en la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010, el militar tenga la preparación para efectuar la detención. Esta consideración trae causa en que, dada su naturaleza personal y provisionalísima, debe informarse al detenido de forma inmediata y de manera que le sea comprensible, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten²². No debe perderse de vista que toda esta actuación tiene una duración limitada²³

²² Concretamente, y al socaire del artículo 24 de la Constitución y del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, a la asistencia letrada, a la notificación de la detención a un familiar o persona designada, a ser asistido por un intérprete y a ser reconocido por un médico.

²³ Vid. artículos 17.2 de la Constitución y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

y puede propiciar un procedimiento de *habeas corpus*²⁴. Además, el agente de autoridad debe tener presente que, de acuerdo con el artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la detención debe practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio, velando por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquellos.

3. LA OPERACIÓN BALMIS

3.1. Elementos jurídicos de la operación

En términos generales, la Operación Balmis, en línea con el nombramiento de la ministra de Defensa como autoridad competente delegada según el artículo 4.3 del Real Decreto 463/2020, ha sido la respuesta proporcionada por las Fuerzas Armadas a la situación de emergencia sanitaria que provocó el estado de alarma. Como es sabido, el nombre trae causa en la Real Expedición Filantrópica de la Vacuna liderada por el médico y cirujano honorario de la Corte de Carlos IV D. Francisco Javier Balmis y Berenguer²⁵. Esta expedición de carácter filantrópico se desarrolló entre 1803 y 1806 en diversos territorios de Hispanoamérica, Filipinas y China. Su objetivo inicial iba dirigido a que la vacuna de la viruela llegase a todos los rincones de la España de entonces, siendo la expedición sufragada con fondos públicos y apoyada en todo momento por Carlos IV, cuya hija María Teresa, había fallecido precisamente por esa enfermedad.

En desarrollo del Real Decreto 463/2020, la Ministra de Defensa aprobó la Instrucción de 15 de marzo de 2020, del Ministerio de Defensa, «por la que se establecen medidas para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en el ámbito del Ministerio de Defensa,» y cuyo objeto se dirige a la consecución de tres propósitos²⁶: determinar las medidas necesarias para la actuación de las Fuerzas Armadas y de los recursos sanitarios de la red sanitaria militar en desarrollo de lo previsto en el Real Decreto 463/2020; en segundo lugar garantizar la actuación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de los recursos de carácter operativo y sanitario en el cumplimiento de las medidas previstas en el citado real decreto en todo el territorio nacional, así como la coordinación con las necesidades que se determinen por el Gobierno; y finalmente poner a disposición de la autoridad competente, así como de las autoridades competentes delegadas las capacidades militares de la Unidad Militar de Emergencias, así como

²⁴ Regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

²⁵ CAMPOS MUÑOZ, A. (2014), *La Real Expedición Filantrópica de la Vacuna*, discurso de ingreso como académico correspondiente en Granada, pronunciado en el Salón Regio de la Diputación de Cádiz el 7 de mayo de 2014. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4954023>, en fecha 16 de octubre de 2020.

²⁶ Sobre la información del desarrollo de la operación en sede parlamentaria se puede consultar el diario de sesiones del Congreso de los Diputados (Comisión de Defensa), disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-62.PDF, consultado en fecha 16 de octubre de 2020.

aquellas otras capacidades de las Fuerzas Armadas y del Ministerio de Defensa, al menos, en materia de:

Policía Militar.

- Transporte logístico terrestre.
- Aerotransporte general y capacidades de aerotransporte medicalizado.
- Control de tráfico aéreo, de la navegación marítima, puertos y aeropuertos.
- Alojamientos logísticos y establecimiento de campamentos militares.
- El ámbito de la Inspección General de Sanidad de la Defensa.

Fruto de esta instrucción, el JEMAD aprobó la Directiva Militar Inicial de 16 de marzo para desarrollar las responsabilidades en el ámbito de sus competencias, siendo presentado posteriormente el Plan de Operaciones del Comandante del Mando de Operaciones (CMOPS). De esta documentación se desprende que la operación ha contado con una estructura operativa que contempla, bajo control operacional del CMOPS, cuatro mandos componentes: los tradicionales terrestre, marítimo y aéreo, junto con el mando componente de emergencias, que aglutinó los efectivos de la Unidad Militar de Emergencias. Asimismo, se adscribió en el ámbito de la Operación a la Inspección General de Sanidad de la Defensa.

Cabe preguntarse a este respecto, una vez examinada la conveniencia de que en determinadas circunstancias las Fuerzas Armadas puedan ejercer como agentes de la autoridad, si la declaración de un estado de alarma es suficiente para que la institución pueda ser utilizada para llevar a cabo actividades que limiten derechos fundamentales. Ciertamente, este es un asunto que debe enfocarse de manera amplia, ya que los límites legales establecidos para el estado de alarma rigen tanto para las Fuerzas Armadas como para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Pero llegados a este punto, hay que trazar una línea entre los cometidos asignados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las Fuerzas Armadas, ya que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como principal misión el mantenimiento del orden en garantía y protección de los derechos, libertades y seguridad ciudadana, mientras que las Fuerzas Armadas están orientadas al combate. A este propósito dedicaremos las siguientes líneas, al objeto de hacer notar una posible laguna.

En efecto, el artículo 14 de la Constitución²⁷ dibuja unas líneas claras para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, distintas a las del artículo 8 de la carta magna. Ha resaltado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones que si bien la norma fundamental distingue las Fuerzas Armadas y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, ello no impide que la misma Constitución contemple como ajustado a sus preceptos que la ley pueda sujetar a la disciplina militar a los institutos armados o a otros cuerpos, por lo que no puede afirmarse que la aplicación del régimen

²⁷ Establece que: «1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. 2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad».

disciplinario sancionador de carácter militar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sea contrario a la Constitución, aun cuando ello suponga excluirlos, en este aspecto, de la Administración Civil. En todo caso, como destaca entre otros ERNESTO GARCÍA TREVIANO, los fines de una y otra son sustancialmente distintos, sin perjuicio de que en ocasiones puedan producirse eventuales superposiciones. Las Fuerzas Armadas, por disposición del artículo 8.1 de la Constitución, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por su parte, tendrán como misión proteger del libre ejercicio de los derechos libertades y garantizar la seguridad ciudadana²⁸. Destaca, asimismo, que en este último aspecto, compete con carácter exclusivo al Estado la «seguridad pública» (artículo 149.1.29.^a de la Constitución), concepto que supone una noción más precisa que la de «orden público» según señaló tempranamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 33/1982. Afirmó entonces que en el concepto de «orden público» pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad, lo que normalmente estará excluido del concepto de «seguridad pública», sin perjuicio de la posible existencia de casos extremos en los que ambos conceptos puedan llegar a confundirse y, en definitiva, que la preservación de la seguridad pública implique actuar en el ámbito, por ejemplo, de la salubridad. Congruentemente, en su sentencia 313/1994 insistía en que no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, puede englobarse en el título competencial de seguridad pública, pues si así fuera la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública y, por ende, competencia del Estado, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto, en el que hay que situar de modo predominante los Cuerpos de Seguridad a que se refiere el artículo 14 de la Constitución²⁹.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 104.2 de la Constitución, se promulgó la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuyo artículo 1.1 establece que: «La Seguridad Pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación». Lo que no es óbice para que se hayan constituido policías autonómicas al abrigo del artículo 1.2 del citado texto legal. Así, destacan como policías autonómicas independientes la del País Vasco, Cataluña, Navarra, Canarias; y las correspondientes a las de las corporaciones locales.

A sensu contrario, el artículo 8 encomienda a las Fuerzas Armadas las siguientes funciones³⁰ de acuerdo con la sinopsis efectuada por JOSÉ MANUEL VERA SANTOS:

²⁸ GARCÍA TREVIANO, E.: sinopsis del artículo 14 de la Constitución española, consultado en el portal de la Constitución en la dirección:

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=104&tipo=2> en fecha 19 de octubre de 2020.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ En la agrupación de funciones hemos seguido a VERA SANTOS, J. M., en su comentario al artículo 8 de la Constitución consultado en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=8&tipo=2> en fecha 19 de octubre de 2020.

1. Las Fuerzas Armadas garantizan la soberanía y la independencia de España, función tradicional que debe entenderse como una actuación externa que busca asegurar la propia existencia del Estado frente a terceros. Deben realizarse algunas acotaciones: esta actuación se realiza ordinariamente con la sola existencia de las Fuerzas Armadas, que produce un claro efecto disuasorio. En cuanto a la presencia de España en organizaciones supranacionales tanto de carácter militar (OTAN) como político (Unión Europea), no obsta a que la soberanía e independencia nacional se sigan manteniendo, ya que la presencia en las mismas no deja de ser un acto voluntario del Estado, según las previsiones que se pueden encontrar en los artículos 93 a 96 de la CE.

2. Las Fuerzas Armadas defienden la integridad territorial de España, defensa que presenta una doble vertiente, interna y externa. La proyección externa tiene un perfil excluyente de intentos de anexión por terceros, lo que supone en el fondo una nueva llamada de atención a lo antes expuesto referido a la función de garantía de la soberanía y la independencia. En el ámbito interno, esta defensa de la integridad territorial se concibe como el último recurso material para el impedimento de secesiones o fragmentaciones del territorio nacional. Y es que no podemos olvidar que el artículo 2 de la Constitución española expresa que esta se basa —y con ella todo el sostén del Estado democrático—, «en la indisoluble unidad de la Nación española, Patria común e indivisible de todos los españoles [...]», cuestión esta que necesariamente nos pone en contacto con la tercera de las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y que a continuación tratamos, la defensa del orden constitucional.

3. Las Fuerzas Armadas garantizan el orden constitucional, actividad, como decimos, fuertemente conectada con las anteriores, también de carácter excepcional, bien que goza de sustantividad propia que lleva a nuestro legislador a expresar —en desarrollo del artículo 116.4 de la CE y mediante la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio—, que se trata de una competencia absolutamente reglada y sometida a las decisiones institucionales de las Cortes Generales y sobre todo del Gobierno, toda vez que se declare el estado de sitio (arts.32 y siguientes de la LO 4/1981). Esta defensa del ordenamiento constitucional viene referida a un ámbito material, que no jurídico ordinario, ya que es el Tribunal Constitucional el órgano que asume esta última función (art. 1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional).

La delimitación entre ambas instituciones nos sirve para afirmar que, a nuestro juicio, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado —por las funciones constitucionales señaladas—, tienen un papel preponderante en el estado de alarma, mientras que las Fuerzas Armadas lo tienen en los estados de excepción y sitio. Esto no debería impedir una adecuada coordinación, ya que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrían quedar bajo la dependencia de la autoridad militar en los casos de estado de sitio de acuerdo con el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 4/1981; y por otra parte, como en el caso que examinamos en el presente trabajo, las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 16 e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, las Fuerzas Armadas pueden colaborar: «con las diferentes Administraciones públicas en

los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente». Como institución que ha aunado el espíritu de ambas tenemos a la Guardia Civil, que según el artículo 23 de la Ley Orgánica 5/2005, es «un Instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior en el desempeño de las funciones que se le atribuyen por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden».

Hechas estas matizaciones retomamos la pregunta inicial, a saber, ¿se podrían utilizar las Fuerzas Armadas para una eventual limitación de los derechos fundamentales con ocasión de la declaración de un estado de alarma? El artículo 55.1 de la norma fundamental establece que: «Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción». Es decir, las situaciones excepcionales en las que se permite la suspensión de derechos y libertades son, para nuestra Constitución, el estado de excepción y el estado de sitio, puesto que en el estado de alarma, no se hace posible tal suspensión de derechos. De este artículo 55.1 de la Constitución citado, se infiere que podrían ser suspendidos los siguientes derechos y libertades al objeto de dejar mayor libertad de actuación al Ejecutivo para posibilitarle el restablecimiento del orden público alterado³¹:

- El derecho a la libertad y seguridad personales (art. 17). Declarado el estado de excepción, podrá procederse a la detención de cualquier persona siempre que existan fundadas sospechas de que esa persona vaya a provocar alteraciones del orden público, durante un plazo máximo de diez días, debiéndose comunicar en el plazo de veinticuatro horas dicha detención al juez, quien podrá requerir en cualquier momento información sobre la situación del detenido. No afecta al procedimiento de *habeas corpus*, con lo cual, toda persona detenida ilegalmente podrá ser de inmediato puesta en libertad. En el estado de sitio, se prevé también la posibilidad de suspender las garantías jurídicas del detenido (asistencia letrada, derecho a ser informado de la acusación...) previstas en el artículo 17.3.

- El derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), pudiendo la autoridad gubernativa —con inmediata comunicación al juez competente— ordenar y disponer inspecciones y registros domiciliarios si lo considera necesario para el mantenimiento del orden público.

- El derecho al secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas (art. 18.3), con las mismas cautelas de comunicación inmediata a la autoridad judicial y siempre que la intervención de las comunica-

³¹ Respecto a esta sistematización *vid.* ABELLÁN MATESANZ, I., en sus comentarios al artículo 55 de la Constitución en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=55&tipo=2>, consultado en fecha 19 de octubre de 2020.

ciones fuese necesaria para el esclarecimiento de hechos delictivos o el mantenimiento del orden público.

- La libertad de circulación y residencia (art. 19). Puede prohibirse la circulación de personas y vehículos, así como delimitarse zonas de protección y seguridad, e incluso exigir la comunicación de todo desplazamiento u obligar a una persona a desplazarse fuera de su lugar de residencia. Para la adopción de tales medidas, la autoridad gubernativa deberá tener motivos fundados en razón de la peligrosidad que para el mantenimiento del orden público suponga la persona afectada por tales medidas.

- Los derechos a la libertad de expresión, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica [art. 20.1 a) y d) y el secuestro de las publicaciones, grabaciones u otro medio de información 20.5]. La adopción de estas medidas -se advierte expresamente en la Ley Orgánica 4/1981- no podrá llevar aparejada ningún tipo de censura previa.

- Los derechos de reunión y manifestación (art. 21), pudiendo la autoridad gubernativa someter reuniones y manifestaciones a la exigencia de autorización previa, prohibir su celebración o proceder a la disolución de las mismas. Expresamente quedan excluidas las realizadas por partidos políticos, sindicatos u organizaciones empresariales en cumplimiento de los fines previstos en los artículos 6 y 7 de la Constitución.

- Los derechos de huelga y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (arts. 28.2 y 37.2), facultando la ley a la autoridad gubernativa para decretar la prohibición de los mismos.

En consecuencia, con la declaración del estado de alarma se podrían acordar medidas tales como las reseñadas en el artículo 11 de la LOEAES, pero en ningún caso limitar derechos fundamentales, esto es:

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.

b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.

c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los ministerios interesados.

d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.

Como es lógico, esta limitación también debe predicarse respecto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pero con un matiz sustancial capital: estas podrán proceder, de acuerdo con sus misiones ordinarias, a la limitación de derechos

fundamentales —piénsese por ejemplo en una detención—, por disposición de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986 en lo relacionado con la comisión o intento de comisión de un delito. En consecuencia, ¿las detenciones practicadas por las Fuerzas Armadas durante la Operación Balmis han sido efectuadas al amparo del reconocimiento de agentes de la autoridad en virtud del Real Decreto 463/2020 o, por el contrario, al abrigo del artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal? La cuestión no es nimia, porque la habilitación legal de las Fuerzas Armadas en este punto se erige en el punto de apoyo de la actuación. Se trataría, en síntesis, de dirimir si esta atribución de agente de la autoridad al personal de las Fuerzas Armadas equipara a sus miembros a los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o si por el contrario actúan como lo podría hacer cualquier particular al abrigo de las detenciones posibilitadas por el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se entremezcla la coordinación prevista en el artículo 16 e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa Nacional. No se trata, naturalmente, de una cuestión de capacidades, ya que las Fuerzas Armadas podrían sin duda realizar dichos cometidos, sino que se trataría de una cuestión de habilitación legal. Tampoco se trata de dirimir si se han efectuado eventuales limitaciones de derechos fundamentales durante el estado de alarma, extremo que corresponde analizar a los órganos jurisdiccionales. El hecho es que la detención practicada por el personal de las Fuerzas Armadas era seguida por la entrega del sujeto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Al objeto de contestar a dicha pregunta, sería muy conveniente a nuestro parecer que, en ulteriores modificaciones legislativas, se hiciese una eventual mención explícita a las Fuerzas Armadas sobre este particular bien en la Ley Orgánica 2/1986, bien en la LOEAES, toda vez que por el principio de seguridad jurídica y jerarquía normativa proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución, lo dispuesto en un real decreto no podría contravenir el título habilitante de una ley orgánica, que sería el cauce adecuado según el artículo 81 de la Constitución.

3.2. Utilización de las FF. AA. en la lucha contra la pandemia: una perspectiva desde el derecho comparado, y el eventual otorgamiento de agentes de la autoridad en otros países

Si observamos el modo de proceder de otros países a la hora de luchar contra la pandemia, observaremos que todos han utilizado las Fuerzas Armadas³². Del examen de sus actuaciones en las fechas comprendidas entre el 10 de marzo y el 18 de mayo de 2020 se deduce que el 45 % de la actividad ha ido dirigida al apoyo a los sistemas de salud; el 28 % al mantenimiento del orden y vigilancia de fronteras; el 22 % a la distribución de alimentos y agua potable; y un 5 % a la realización de otro tipo de actividades³³. Dentro del apoyo al orden público y fron-

³² Un resumen desde la perspectiva militar se puede consultar en NIETO FERNÁNDEZ, I., 2020, «Las operaciones permanentes, una de las claves después de la COVID-19», documento de opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos, edición digital consultada en fecha 26 de septiembre de 2020.

³³ Datos extraídos de la revista *RESDAL* (Red de Seguridad y Defensa de América Latina), no figura el autor, núm. 2, julio de 2020.

teras, el esfuerzo ha consistido en la participación en puntos de control, patrullas, protección de fronteras y protección de lugares estratégicos.

Desde la perspectiva del derecho constitucional, es imposible en el presente trabajo analizar las peculiaridades de los estados excepcionales de una manera global, y el encaje de las Fuerzas Armadas en los mismos, por lo que nos centraremos en los países más próximos a nuestro entorno.

En Alemania, la Bundeswehr tiene, a grandes rasgos, unas funciones similares a las atribuidas a las Fuerzas Armadas españolas por nuestra norma fundamental, diferenciándose claramente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Así se infiere del artículo 87 a) de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Como ha expuesto TORSTEN STEIN, «la Constitución permite solo tres casos de intervenciones de las Fuerzas Armadas dentro del Estado: Por una parte, la intervención en casos de catástrofes naturales y en casos de accidentes especialmente graves por petición del gobierno de un estado federal o por petición del gobierno nacional, siempre y cuando la catástrofe amenace más de un estado federal (artículo 35 de la Ley Fundamental). Por otra parte, en el caso de defensa como apoyo a la policía para proteger objetos civiles que no son de importancia para la defensa militar (artículo 87a, párrafo 2, segunda línea de la Ley Fundamental). Y por último la intervención en situaciones similares a una guerra civil para defender la existencia del Estado o del orden libre y democrático estatal de amenazas de peligro. Esta intervención por orden del gobierno sirve como apoyo a la policía para proteger objetos civiles o para combatir insurrectos organizados y armados militarmente (artículo 87 a, párrafo 4 de la Ley Fundamental)»³⁴. También destaca que la posibilidad operativa de las Fuerzas Armadas dentro del Estado, exceptuando los casos de las catástrofes naturales, fue motivo de una disputa doctrinal durante la introducción de estas disposiciones en la Constitución en el año 1968. Por tanto, al margen de las reseñadas, no cabe ninguna otra posibilidad de acción interior salvo lo tocante a su construcción doctrinal de «defensa de la democracia», cuyo reflejo a juicio del autor es el derecho y la voluntad del Estado democrático de defenderse a sí mismo y su orden, de enemigos externos e internos. Sin embargo, la defensa contra los esfuerzos anticonstitucionales dentro del Estado, no es tarea de las Fuerzas Armadas, sino de los estamentos civiles, de la policía, de las instituciones de protección constitucional y de los servicios secretos. Las Fuerzas Armadas no son regularmente garantes de la Constitución sino solamente en casos extremos y excepcionales. Por tal causa, su desempeño durante la pandemia ha sido principalmente logístico³⁵.

En Francia el margen de actuación es mucho más amplio, ya que el artículo L.1111-1 del Código de Defensa francés se establece que: «La defensa tiene por objeto asegurar en todo momento, en cualquier circunstancia y contra toda forma de agresión, la seguridad y la integridad del territorio, así como la vida de

³⁴ STEIN, T., 2002, «Rol de las Fuerzas Armadas en el orden constitucional de Alemania», revista *Ius et Praxis*, 8 (1), págs. 21-33.

³⁵ Vid. la entrevista a la ministra de Defensa alemana Annegret Kramp-Karrenbauer, en <https://www.dw.com/es/el-ej%C3%A9rcito-alem%C3%A1n-en-combate-contra-el-coronavirus/a-52848688> consultada en fecha 20 de octubre de 2020 a las 9:38 horas.

la población». A su vez, y con una cobertura legal más amplia, la Constitución de 4 de octubre de 1958 asigna los siguientes roles: el presidente de la República, jefe del ejército, define la política de defensa, ejercida por el ministro de Defensa. El primer ministro, responsable de la defensa nacional, ejerce la dirección general mediante la supervisión de las negociaciones referentes a la defensa y asegura la dirección militar de la defensa mediante la preparación y la dirección de las operaciones, coordinando igualmente la actividad de defensa de los departamentos ministeriales (L. 1131-1). El Parlamento vota las leyes relativas a la defensa nacional. Cada ministro es por otro lado responsable de la preparación y de la ejecución de las medidas referentes a la defensa que compete al departamento que se encuentre a su cargo. (L. 1141-1). Todo ello hace ver que la utilización de las Fuerzas Armadas en las repúblicas semipresidencialistas³⁶ es más amplia en los casos de Gobierno parlamentario examinados. Prueba de ello es que la Armée de Terre, es utilizada con mucha más versatilidad³⁷ en operaciones variadas dentro del Estado, principalmente en la lucha contra el terrorismo, como podemos observar con la Opération Sentinelle. Esto implica una distinción menos nítida en el caso francés entre las funciones policiales y las propias de las Fuerzas Armadas.

En el caso de Reino Unido, por su propio proceso histórico la utilización del ejército dentro de su propio territorio ha sufrido, con ocasión de la guerra civil entre el monarca y el Parlamento entre 1642 y 1649, sus propias vicisitudes históricas. Ya el Bill of Rights de 1688 impedía al regente «Reclutar y mantener un ejército permanente dentro de este país en tiempo de paz sin consentimiento del Parlamento y acuartelar soldados en forma contraria a la ley. Dar lugar a que varios buenos súbditos que eran protestantes fuesen desarmados al mismo tiempo que los papistas eran no solo armados [...]». En cualquier caso el empleo de las Fuerzas Armadas en el Reino Unido está regulado por la Crown Prerogative³⁸, que puede ser ejercida por el ministro responsable de la situación (en estos casos, fundamentalmente, por el secretario de Estado del Interior y por el secretario de Estado de Defensa) dando cuenta al Parlamento de la utilización de esta potestad. Este texto normativo ha de conjugarse con lo dispuesto en la Emergency Powers Act 1964 (Section 2), así como la Civil Contingencies Act 2004, que posibilitan el despliegue de las Fuerzas Armadas³⁹. En Reino Unido, existe el término MACA (Military Aid to the Civil Authorities) para referirse al apoyo operacional de sus Fuerzas Armadas dentro del Estado, en apoyo de operaciones civiles. Se trata, en síntesis, de un desarrollo doctrinal operativo que excluye cualquier asunto relacionado con la defensa militar. En este sentido, bajo el paraguas MACA se han utilizado las Fuerzas Armadas en eventos tales como los Juegos

³⁶ Para un estudio sobre el particular, *vid.* CASADO BURBANO, P. (1986), *Iniciación al derecho constitucional militar*, Edersa, Madrid, pág. 58.

³⁷ *Vid.* Operación Resiliencia en <https://www.rfi.fr/es/francia/20200326-operaci%C3%B3n-resiliencia-macron-moviliza-al-ej%C3%A9rcito-contra-el-covid-19> consultada en fecha 20 de octubre de 2020, a las 10:00 horas.

³⁸ Consultada en <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8074/> el 20 de octubre de 2020 a las 10:51 horas.

³⁹ *Vid.* <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-britain-army/uk-pm-johnson-says-army-ready-to-step-in-if-coronavirus-escalates-idUSKBN20Q1C2> consultada en fecha 20 de octubre a las 10:57 horas.

Olímpicos de 2012, la cumbre de la OTAN, una reunión del G8, inundaciones o apoyo a la policía tras los atentados de Mánchester de 2017⁴⁰. Se requiere una autorización explícita para que el personal militar pueda ir armado⁴¹, y su estatuto no se asemeja al de la policía, pues el personal militar únicamente puede detener a alguien en las mismas condiciones en las que lo podría hacer cualquier otro ciudadano⁴². Salvo unas pocas excepciones, las solicitudes de asistencia militar deben ser aprobadas por el Ministerio de Defensa. En ciertos casos, cuando existe una necesidad urgente de proteger la vida, aliviar la angustia o proteger una propiedad importante, los mandos militares locales están autorizados a responder bajo la cobertura legal de una orden del Consejo de Defensa de 1983. En este contexto, el 19 de marzo de 2020, el Ministerio de Defensa de este país anunció una «Covid Support Force», integrada por 10 000 militares⁴³. La cobertura legal y desarrollo es, en suma, similar a la desarrollada en España.

El artículo 8 de la Constitución española tiene su antecedente en el artículo 52 de la Constitución italiana de 1947⁴⁴. Dicho artículo establece que: «La defensa de la patria constituye un deber inviolable del ciudadano. El servicio militar es 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 sus derechos políticos. El ordenamiento de las Fuerzas Armadas se inspira en el espíritu democrático de la República». A pesar de tener una configuración similar a la española, la República Italiana es más partidaria de utilizar a las Fuerzas Armadas dentro de su territorio, para una panoplia de actividades como puede desprenderse de la *Operazione strade sicure*. En concreto se ha mencionado esta operación para mostrar, a título de ejemplo, que se está utilizando al ejército italiano para apoyar la seguridad pública y reducir la delincuencia en áreas metropolitanas⁴⁵. De esta manera, el personal de las Fuerzas Armadas se pone a disposición de las prefecturas de policía, siendo empleadas para prestar servicios de vigilancia en sitios y objetivos sensibles, así como para patrullar conjuntamente con sus Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

⁴⁰ Puede establecerse un paralelismo entre la *Opération Sentinelle* y la británica *Operation Temperer*, en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo. Son operaciones intraestatales de apoyo a la policía.

⁴¹ *Vid.* la publicación «JOINT DOCTRINE PUBLICATION 02: UK Operations: the defense contribution to resilience and security», consultado en <https://www.gov.uk/government/publications/operations-in-the-uk-a-joint-doctrine-publication> en fecha 21 de octubre de 2020 a las 9:45 horas.

⁴² *Vid.* <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8074/CBP-8074.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2020 a las 9:15 horas.

⁴³ *Vid.* la noticia «UK PM Johnson says army ready to step in if coronavirus escalates»: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-britain-army/uk-pm-johnson-says-army-ready-to-step-in-if-coronavirus-escalates-idUSKBN20Q1C2>, consultado en fecha 21 de octubre de 2020 a las 9:30 horas.

⁴⁴ Para un estudio sobre el particular, FERNÁNDEZ SEGADO, F., 2004, «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. balance de un cuarto de siglo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, págs. 189-204.

⁴⁵ *Vid.* a título ilustrativo <https://www.difesa.it/OperazioniMilitari/NazionaliInCorso/StradeSicure/Pagine/default.aspx>, consultada en fecha 21 de octubre de 2020 a las 10:08 horas.

A través de esta operación se asignaron tareas adicionales relacionadas con necesidades particulares de seguridad⁴⁶. Este empleo del personal militar italiano se adopta mediante decreto del ministro del Interior, previo informe del ministro de Defensa, y previa consulta al Comité Nacional de Orden Público y Seguridad. A su vez, la cobertura legal más amplia la encontramos en la ley de 22 de mayo de 1975, núm. 152, que atribuye la condición de agente de seguridad pública con la ampliación de las facultades a que se refiere el artículo 4⁴⁷. De las patrullas conjuntas con las fuerzas policiales, se observa una asimilación de los militares con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (policía y *carabinieri*). No es de extrañar, pues, con tales antecedentes, una utilización profusa de sus Fuerzas Armadas en la lucha contra la pandemia, con unas atribuciones legales muy semejantes a las de las fuerzas policiales⁴⁸, y más amplias que las contempladas en la normativa española.

4. EXAMEN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RELATIVAS AL PARTICULAR

Toda vez que la declaración del estado de alarma ha sido sumamente infrecuente, la jurisprudencia sobre el particular es escasa. Concretamente, la sentencia del Tribunal Constitucional más significativa —y única— viene representada por la STC 83/2016, de 28 de abril. El contexto de dicha sentencia fue la crisis de los controladores aéreos que tuvo lugar en nuestro país en el ya lejano mes de diciembre de 2010, que obligó al Gobierno a adoptar una serie de medidas extraordinarias para solucionar el conflicto laboral y evitar así la paralización del tráfico aéreo nacional e internacional. Las primeras medidas significativas —una fue consecuencia de la otra— vinieron representadas por el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, «por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA». Según su artículo único: «El Ministerio de Defensa pasa a ejercer la dirección del control de la circulación aérea general en todo el territorio nacional hasta tanto existan garantías de que se recupera la normalidad en la prestación de sus servicios por los controladores aéreos civiles. El Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire adoptará todas las decisiones que procedan para la organización, planificación, supervisión y control de los controladores de tránsito

⁴⁶ Entre otras, el control y seguridad de la zona central de la ciudad de L'Aquila afectada por el terremoto de 2009, la seguridad de los patios del tren de alta velocidad en Turín y Val Susa, la intervención en Campania para patrullar áreas de la llamada «tierra de los incendios», para prevenir y reprimir los delitos ambientales, el importante dispositivo que ha contribuido eficazmente a la seguridad y vigilancia de la EXPO 2015 en Milán. Finalmente, con motivo del Jubileo de la Misericordia, más de 1500 soldados, empleados en todo el territorio nacional y principalmente en Roma, garantizan la seguridad de los sitios del Jubileo, también mediante un dedicado refuerzo del dispositivo de defensa aérea por parte de la Fuerza Aérea.

⁴⁷ Consultada en <https://www.camera.it/parlam/leggi/081251.htm> en fecha 21 de octubre de 2020 a las 10:26 horas.

⁴⁸ https://www.difesa.it/SMD_/Comunicati/Pagine/Emergenza_Sanitaria_Forza_Armate_in_prima_linea_nella_lotta_al_CoVid_19_sempre_in_sicurezza.aspx, consultada en fecha 21 de octubre de 2020 a las 10:35 horas.

aéreo al servicio de la entidad pública AENA. A tal efecto activará los recursos de control de tráfico aéreo del Ministerio de Defensa y exigirá la presencia en sus puestos de trabajo de los controladores civiles ausentes».

Posteriormente, y al amparo del artículo 116 de la Constitución, se declaró el estado excepcional mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, «por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo». El artículo 3 del real decreto establecía el ámbito subjetivo en los siguientes términos: «En virtud de lo dispuesto en los artículos 9.1 y 12.2 de la Ley Orgánica 4/1981 en relación con el artículo 44 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener, durante la vigencia del Estado de Alarma, la consideración de personal militar a los efectos de lo previsto en el artículo 10. Uno de la citada Ley Orgánica y, en consecuencia, quedan sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el presente real decreto, y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre». Como autoridad delegada del Gobierno el artículo 6 señalaba que: «El Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares que designe adoptarán las decisiones pertinentes en cumplimiento de lo que dispone el artículo 3 del presente real decreto». El estado de alarma fue prorrogado mediante el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por 180 votos a favor, 5 en contra y 131 abstenciones.

Como era de esperar, los controladores aéreos interpusieron un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, que mediante auto de 30 de mayo de 2011 lo rechazó por falta de jurisdicción, salvo en el caso del Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, al tratarse de una actuación con alcance y significación diferente al resto de las disposiciones aprobadas. Contra el auto del Tribunal Supremo, los controladores aéreos decidieron solicitar amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1. de la Constitución⁴⁹. Los demandantes de amparo defendieron en aquel momento la especial trascendencia constitucional del recurso, al tratarse de la primera vez que se declara el estado de alarma, lo que por sí justifica la importancia de su contenido «para la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». En este sentido, alegaron «que las resoluciones jurisdiccionales impugnadas han impedido que recaiga una sentencia de fondo que se pronuncie sobre los presupuestos establecidos en la ley y en la Constitución para proceder a la declaración del estado de alarma, sobre si las medidas adoptadas al amparo de dicha declaración fueron las adecuadas o si han comportado una restricción injustificada de los derechos fundamentales de las personas a las que afectó directamente». Asimismo, requirieron del Tribunal Constitucional un pronunciamiento acerca de la posible fiscalización ante la jurisdicción conten-

⁴⁹ Vid. el comentario jurisprudencial de LEÓN ALONSO, M., 2016, «Control jurisdiccional exclusivo del Tribunal Constitucional de los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los estados de alarma», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, diciembre 2016, págs. 234-237.

cioso-administrativa sobre la declaración y prórroga del estado de alarma, desde una perspectiva del valor de estos reales decretos en el sistema de fuentes. En este sentido, el fundamento jurídico 11 de la sentencia manifestó que: «las resoluciones judiciales impugnadas, que inadmitieron el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los demandantes de amparo contra los Reales Decretos 1673/2010, de 4 de diciembre, y 1717/2010, de 17 de diciembre, no han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), al resultar aquellos excluidos, en razón de su valor o rango de ley, del ámbito de fiscalización del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (arts. 106 CE y 1 LJCA *a contrario sensu*). Ello no supone, como vienen a sostener los demandantes de amparo, que los citados reales decretos resulten inmunes a todo control jurisdiccional, sino que, al poseer rango y valor de ley, pese a revestir la forma de decreto, solo cabe impugnarlos, de acuerdo con el modelo de jurisdicción de nuestro ordenamiento jurídico, ante este Tribunal Constitucional a través de los procesos constitucionales previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley [arts. 161 y 163 CE, 27.2 b) LOTC]».

Es interesante destacar también como el fundamento jurídico 10 señala que la apreciación de la alteración de la normalidad la efectúa el Gobierno en tanto que es un órgano constitucional y no en calidad de órgano superior de la Administración: «La decisión de declarar el estado de alarma por un plazo no superior a quince días es expresión del ejercicio de una competencia constitucional atribuida con carácter exclusivo al Gobierno por el art. 116.2 CE, en tanto órgano constitucional al que le corresponde *ex art. 97 CE* la dirección política del Estado. Se trata, por lo tanto, como el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal señalan en sus alegaciones, de una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración, como ya señalábamos en nuestras SSTC 45/1990, de 15 de marzo, FJ 2, y 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 5. La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o “alteraciones graves de la normalidad” previstas en la de la Ley Orgánica 4/1981 (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera la declaración de este. La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara».

En cuanto a la incidencia en los derechos fundamentales, el fundamento jurídico 8 declaró que: «a diferencia de aquellos, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos [...]».

Será fundamental para seguir acotando jurisprudencialmente el concepto y su incidencia en la limitación o restricción —no suspenso— de los derechos fundamentales, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo parlamentario, en relación con los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, «por el que se declara el estado de alarma»; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que modifica el citado artículo 7, y los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y 492/2020, de 24 de abril, que aprueban las sucesivas prórrogas, así como la Orden SND/298/2020, «por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres».

En cualquier caso, del reciente Auto 40/2020, de 30 de abril de 2020, que inadmite a trámite el recurso de amparo 2056-2020, promovido por la Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) en proceso contencioso-administrativo sobre ejercicio del derecho de manifestación, podemos extraer conclusiones que ayuden a enfocar la cuestión. El contexto viene delimitado por la demanda de amparo, presentada por la Central Unitaria de Trabajadores/as, que denunció la vulneración del derecho de reunión en lugares de tránsito público (art. 21 CE) o, dicho en otros términos, vulneración del derecho de manifestación en relación con el derecho a la libertad sindical (art. 28 CE).

La desestimación del recurso de amparo en lo tocante a la posible lesión de un derecho fundamental trajo causa, entre otros extremos, en el siguiente razonamiento expuesto en el fundamento jurídico 4: «No cabe una prohibición tácita de la celebración de una reunión o una manifestación a pesar de lo que alegan los recurrentes en su demanda de amparo. La STC 193/2011, de 12 de diciembre, se muestra clara cuando establece, y ya hemos hecho referencia a ello pero vale la pena insistir, que la limitación del ejercicio del derecho de reunión requiere de una motivación específica. Así, “para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso, tal y como acaba de señalarse, que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente [...] en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el art. 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución” (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Y en este sentido “no basta con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos, debiendo presidir toda actuación limitativa del mismo el principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión de manera que solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad (STC 170/2008, FJ 3) (STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, relativa al ejercicio del derecho de manifestación durante la jornada de reflexión), en aplicación del principio favor libertatis. Los actos que introduzcan medidas limitadoras han de fundamentarse, pues, en datos objetivos suficientes derivados de las circunstancias concretas de cada caso (STC 301/2006, 23 de octubre, FJ 2)”. Asi-

mismo, añade que: «En el supuesto que nos ocupa, la limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no solo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación de la COVID-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverbado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha».

En suma, tanto del auto como de esta sentencia podemos extraer dos consecuencias importantes: de un lado la apreciación de la circunstancia excepcional corresponde en exclusiva al Gobierno en cuanto órgano constitucional, y, de otro lado, que la restricción de derechos se hace para favorecer otros. Desde esta perspectiva, el artículo 97 de la Constitución establece que: «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». De este importante artículo se infiere que el Ejecutivo tiene la naturaleza de órgano constitucional, y de otro, que dirige la Administración Pública. Este matiz es importante porque los órganos constitucionales realizan, junto a sus actividades constitucionales características, que por naturaleza no son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, otras actividades de orden interno que sí son susceptibles de control. Así pues, al ser la excepcionalidad una apreciación del Gobierno en cuanto órgano constitucional, no cabría en el estado inicial un control del acto, más allá del parlamentario a los quince días de haberse decretado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116.2 de la Constitución. Recordemos que los órganos constitucionales son aquellos órganos creados y regulados por la Constitución, cuyas relaciones configuran la forma de gobierno. Son esenciales para la existencia del Estado y se encuentran en el vértice de la organización estatal en situación de paridad jurídica. Junto a estos órganos constitucionales en sentido estricto, la Constitución puede contemplar otros órganos, llamados por la doctrina italiana «de relevancia constitucional», que no son coesenciales a la forma de gobierno. Junto al Gobierno en nuestra Constitución también están previstos los siguientes: el rey (título II), las Cortes Generales (título III), el Tribunal Constitucional (título IX) y el Consejo General

del Poder Judicial (art. 122)⁵⁰. Siguiendo a MANUEL GARCÍA-PELAYO, los rasgos fundamentales de estos órganos vienen determinados en la Constitución⁵¹, cuestión esta por la que se diferencian de los órganos constitucionalmente relevantes. Por tanto, la Constitución no solo menciona a los órganos constitucionales, sino que determina con amplitud su régimen jurídico, especificando aspectos como su composición, sus órganos, el método de designación de sus miembros, su estatus institucional o el sistema de competencias que le corresponden⁵². Se erigen, en consecuencia, en el núcleo de los poderes últimos de decisión del Estado y su existencia es indefectible para el mantenimiento del modelo de Estado definido por la Constitución. Este jurista también alude a que actúan como directores de la actuación política, participando así en lo que la doctrina italiana llama el *indirizzo politico* de la actividad pública. Además, señala que, desde el punto de vista del status institucional de los órganos constitucionales, cada uno de ellos es el máximo órgano dentro de la pirámide con la que se representa la estructura de cada conjunto de órganos administrativos, y de los diferentes órganos relacionados entre sí. A su vez, esta organización coronada por el órgano constitucional respectivo, se incardina en la propia estructura del Estado. Finalmente señaló que esta posición suprema de cada órgano constitucional condiciona decisivamente las relaciones entre ellos, de tal manera que las relaciones entre los órganos superiores de cada estructura administrativa, es decir, los órganos constitucionales, no son relaciones de subordinación, como sucede entre los órganos administrativos inferiores respecto a los superiores, sino relaciones de coordinación, que implican paridad entre órganos del mismo nivel jerárquico⁵³. En consecuencia, esa apreciación del Ejecutivo en cuanto órgano constitucional para declarar el estado de alarma, no fiscalizable es su primera fase, únicamente requiere el acuerdo del Consejo de Ministros, con arreglo a lo establecido en el artículo 5.1 f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que señala que: «Al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: [...] f) Declarar los estados de alarma y de excepción y proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio».

La segunda apreciación que nos ha llamado la atención es que la limitación —que no restricción— de derechos fundamentales, al ponerse en conexión como destaca la STC 83/2016 y, sobre todo, el Auto 40/2020, con la defensa de otros derechos como el de la integridad física proclamado por el artículo 15 de la Constitución o la salud del artículo 43 de la Constitución, puede llegar a ser realmente amplia. Esto conlleva que el juicio crítico de la declaración, descansa sobre todo,

⁵⁰ Extraído de la enciclopedia jurídica, consultada en: <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/organos-constitucionales/organos-constitucionales.htm> en fecha 26 de octubre de 2020, a las 8:28 horas.

⁵¹ Vid. GARCÍA-PELAYO, M., 1981, «El status del Tribunal Constitucional», *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1 núm. 1, págs. 30-34.

⁵² Órganos de relevancia constitucional serían el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo.

⁵³ Vid. resumen, que sintetiza lo expuesto por GARCÍA-PELAYO, en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUjEwsztlbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJocSoAchNtsTUAAAA=WKE, consultado el 26 de octubre de 2020 a las 8:50 horas.

en el Parlamento. Una vez ejercido el control político que posibilita el marco legal (acuerdo del Consejo de Ministros y Real Decreto), las dificultades para impugnar posibles excesos relativos a la actuación de los agentes de autoridad en actividades previstas en el real decreto, acrecientan. El control en la jurisdicción contencioso-administrativa se centraría, en consecuencia, en el eventual exceso del agente de la autoridad.

5. CONCLUSIONES

I. La regulación de los estados excepcionales es una constante en nuestra historia constitucional. La aplicación del principio de derecho público «*salus populi suprema lex*» recogido en nuestra carta magna, está claramente influido por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución italiana de 1947 y la Constitución portuguesa de 1976.

II. El marco legal de lucha contra la pandemia —el estado de alarma—, que se está dilatando en el tiempo, ha quedado abierto a nuevas interpretaciones en lo atinente a sus prórrogas. Además, la apreciación de las especiales circunstancias que lo motivan está sujeta al análisis que haga el Ejecutivo en cuanto órgano constitucional y no como órgano director de la Administración Pública. Esto conlleva, entre otros extremos, un juicio más político que jurídico en el Parlamento, al menos en su fase inicial.

III. La Constitución traza una clara distinción entre las funciones de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y las Fuerzas Armadas. La preeminencia de las primeras en el estado de alarma (a diferencia de los estados de excepción y sitio) y la necesidad de coordinación entre ambas instituciones llevan a pensar que la atribución necesaria del carácter de agente de la autoridad en relación a las Fuerzas Armadas debe ir precedida de una mención a tal posibilidad en una norma con rango de ley orgánica. Esto propiciaría, en aras del principio de jerarquía normativa y seguridad jurídica proclamado por el artículo 9.3 de la Constitución, una mayor cobertura legal a las Fuerzas Armadas en sus cometidos no primarios, coadyuvando a delimitar las facultades atribuidas a ciudadanos y fuerzas policiales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IV. La atribución del carácter de agente de la autoridad al personal militar multiplica las capacidades de las Fuerzas Armadas. Teniendo en cuenta la incidencia que esta actuación tiene sobre los derechos fundamentales —y su versatilidad durante el estado de alarma—, el requisito de formación adecuada previsto en la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010 se erige en una premisa capital.

V. Por el momento, únicamente existe una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 83/2016, de 28 de abril) que perfile los rasgos distintivos del estado de alarma. La situación actual ha abierto la puerta para que se pueda analizar jurídicamente qué implica una restricción de derechos fundamentales al socaire de este estado excepcional, y cómo se delimitan las funciones de los agentes de la autoridad.

VI. A diferencia de otros países, como por ejemplo Italia, la normativa referente a la utilización de las Fuerzas Armadas en situaciones de excepcionalidad se caracteriza por su provisionalidad. Esto conlleva que, al margen de los cometidos que puedan asignarse a la UME, la participación de las Fuerzas Armadas en situaciones como la actual quedará circunscrita a la previsión que puedan hacer los eventuales decretos de excepcionalidad; a diferencia de otros países, en los que se asigna a sus fuerzas armadas misiones de carácter permanente en coordinación con fuerzas policiales, dentro de su territorio nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Política*, traducción de AZCÁRATE CORRAL, P., extraída de <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc03096.htm>.
- CASADO BURBANO, P. (1986), *Iniciación al derecho constitucional militar*, Edersa, Madrid.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1984), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid.
- D'ORS, A. (1954), *De la guerra y de la paz*, Rialp, Madrid.
- DE QUEROL Y DE DURÁN, F. (1945), *Principios de derecho militar español*, Naval, Madrid.
- GARCÍA-PELAYO, M., 1981, «El status del Tribunal Constitucional», *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, núm. 1, págs. 30-34.
- LEÓN ALONSO, M., 2016, «Control jurisdiccional exclusivo del Tribunal Constitucional de los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los estados de alarma», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, diciembre 2016, págs. 234-237.
- MONTERO DÍAZ, J. (1998), *Constituciones y códigos políticos españoles*, Ariel, Barcelona.
- NIETO FERNÁNDEZ, I., (2020), «Las operaciones permanentes, una de las claves después de la COVID-19», documento de opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- SÁNCHEZ AGESTA, L. (1983), *Principios de teoría política*, Tecnos, Madrid.
- SERRANO ALBERCA, J. M. (2001), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid.
- STEIN, T. (2002), «Rol de las Fuerzas Armadas en el orden constitucional de Alemania», revista *Ius et Praxis* 8 (1), págs. 21-33.
- Ley Fundamental para la República Federal de Alemania.
- Constitución francesa de la V República.
- Constitución de Portugal de 1976.



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE DEFENSA

SUBSECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL

