



# Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno  
práctico

5

Nov. 2010-Abr. 2011

## SUMARIO

¿Es posible sancionar nuevamente unos mismos hechos cuando la inicial sanción recaída sobre ellos ha sido anulada en vía de recurso?

*Francisco Javier Gómez Docampo, Capitán Auditor*

Los diferentes problemas de aplicación de la Ley Orgánica Disciplinaria de la Guardia Civil

*Juan José Herbón Costas, Capitán Auditor*

Las relaciones entre las Naciones Unidas y los Acuerdos u Organismos Regionales

*Pedro del Rosal García, Capitán Auditor*

Caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas como parte de la Administración: el singular estatuto de la función pública militar como fundamento delimitador de derechos fundamentales y libertades públicas

*José Miguel González Reyes, Capitán Auditor*

ROEs, Reglas de Enfrentamiento

*Verónica Sánchez Sánchez, Teniente Auditor*



MINISTERIO DE DEFENSA



# Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno  
práctico

**5**

Nov. 2010-Abr. 2011

## SUMARIO

¿Es posible sancionar nuevamente unos mismos hechos cuando la inicial sanción recaída sobre ellos ha sido anulada en vía de recurso?

*Francisco Javier Gómez Docampo, Capitán Auditor*

Los diferentes problemas de aplicación de la Ley Orgánica Disciplinaria de la Guardia Civil

*Juan José Herbón Costas, Capitán Auditor*

Las relaciones entre las Naciones Unidas y los Acuerdos u Organismos Regionales

*Pedro del Rosal García, Capitán Auditor*

Caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas como parte de la Administración: el singular estatuto de la función pública militar como fundamento delimitador de derechos fundamentales y libertades públicas

*José Miguel González Reyes, Capitán Auditor*

ROEs, Reglas de Enfrentamiento

*Verónica Sánchez Sánchez, Teniente Auditor*



MINISTERIO DE DEFENSA

## **DIRECTOR**

Ángel Picazo Mas, Coronel Auditor

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

Manuel Hernández-Tejero García, General Auditor

Fernando Marín Castán, Coronel Auditor

Antonio Lozano Ramírez, Coronel Auditor

## **SECRETARIO**

José María Sánchez Sánchez, Comandante Auditor

## **REDACCIÓN**

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)

Teléfono: 91 3647393

Fax: 91 3647399

Correo-e: [emej@oc.mde.es](mailto:emej@oc.mde.es)

## **CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES**

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

Edita:



NIPO: 075-11-020-1 (edición en papel)

NIPO: 075-11-021-7 (edición en línea)

Depósito Legal: M-4636-2010

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa



Tirada: 400 ejemplares

Fecha de cierre: abril 2011

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

## SUMARIO

1. ¿Es posible sancionar nuevamente unos mismos hechos cuando la inicial sanción recaída sobre ellos ha sido anulada en vía de recurso? ..... 5  
*Francisco Javier Gómez Docampo, Capitán Auditor*
2. Los diferentes problemas de aplicación de la Ley Orgánica Disciplinaria de la Guardia Civil ..... 29  
*Juan José Herbón Costas, Capitán Auditor*
3. Las relaciones entre las Naciones Unidas y los Acuerdos u Organismos Regionales ..... 57  
*Pedro del Rosal García, Capitán Auditor*
4. Caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas como parte de la Administración: el singular estatuto de la función pública militar como fundamento delimitador de derechos fundamentales y libertades públicas ..... 72  
*José Miguel González Reyes, Capitán Auditor*
5. ROEs, Reglas de Enfrentamiento ..... 88  
*Verónica Sánchez Sánchez, Teniente Auditor*

# **1. ¿ES POSIBLE SANCIONAR NUEVAMENTE UNOS MISMOS HECHOS CUANDO LA INICIAL SANCIÓN RECAÍDA SOBRE ELLOS HA SIDO ANULADA EN VÍA DE RECURSO?**

*Francisco Javier Gómez Docampo  
Capitán Auditor*

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. La cosa juzgada y su aplicación al ámbito disciplinario militar y a los procedimientos disciplinarios militares. III. Regulación, caracteres y elementos del principio non bis ídem. IV. La posibilidad de dictar nueva resolución sancionadora cuando en vía de recurso se anula una previa sanción disciplinaria.

## **I. CONSIDERACIONES GENERALES**

El presente artículo es una versión reducida y adaptada del Trabajo Académico de Investigación Jurídica presentado por el oficial que suscribe en el curso de actualización para el ascenso al empleo de Comandante Auditor que tuvo lugar en Madrid en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos entre enero y febrero de 2011, trabajo que, tras su exposición pública y defensa ante el resto de compañeros del Cuerpo Jurídico Militar concurrentes a dicho curso así como ante el Coronel Auditor Director y el Comandante Auditor Jefe de Estudios de la EMEJ, suscitó un, a mi juicio, constructivo debate en el que se formularon interesantes críticas y apuntes respecto de la tesis defendida por quien suscribe.

De hecho lo cierto es que iguales posturas encontradas se habían suscitado cuando tuve la oportunidad de exponer una tesis semejante en la reunión de oficiales del CJM destinados en Unidades ubicadas en el ámbito territorial al que extiende su jurisdicción el Tribunal Militar Territorial IV y que tuvo lugar en marzo del año 2010. En dicha reunión (que con periodicidad anual se celebra en la ciudad de A Coruña gracias al interés e iniciativa del Ilmo. Sr. Coronel Auditor Presidente de dicho TMT IV, D. Alfredo Fernández Benito) se me había propuesto exponer mi opinión sobre la cuestión suscitada en el título del presente artículo para posteriormente entrar a

debatir entre los asistentes si jurídicamente era viable dar una respuesta afirmativa a la pregunta supracitada.

Ante todo debo comenzar indicando que, a mi juicio, la repuesta a dicha pregunta es, con carácter general, afirmativa, por las razones que posteriormente iré desgarrando, pero también reconozco que mi postura es discutible, no está exenta de críticas y por ello puede ser interesante poner en común el tema. En cualquier caso el origen último de la elección del tema y de que se me propusiera tratar de él en la ya citada reunión de miembros del CJM derivaba de la referencia que sobre esta cuestión se hacía en dos sentencias del Tribunal Militar Territorial IV, en las que, aún sin entrar en el examen de fondo de la misma, ponían en solfa o se cuestionaban que fuera ajustado a derecho dar una respuesta afirmativa a la pregunta que encabeza este artículo.

Concretamente me refiero a las sentencias 9/09 de fecha 1 de septiembre de 2009 dictada en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario 4/11/09, y 5/10 de fecha 10 de febrero de 2010 dictada en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario 4/16/09.

Y entiendo que el contenido de dichas sentencias, aún cuando no abordaba en su plenitud la cuestión aquí debatida, sí hacía alguna referencia interesante pero que, a mi juicio, no puede ser compartida en su totalidad y de hecho ha generado que ciertos mandos militares se planteen a la hora de resolver un recurso de alzada disciplinario si no resulta adecuado (atendiendo en exclusiva a razones de oportunidad) mantener ciertas sanciones disciplinarias aún cuando fueran indebidamente impuestas (no porque los hechos no fueran constitutivos de infracción, sino atendiendo fundamentalmente a defectos procedimentales) sin proceder a una anulación de dichas sanciones si pese a que los hechos son o pudieran ser claramente constitutivos de un ilícito disciplinario posteriormente no pudieran ser sancionados nuevamente.

Sin referirnos a los hechos y fundamentos de las citadas sentencias sí parece conveniente mencionar aquellos extremos de las mismas en los que se plantea la cuestión objeto de las presentes líneas, y así, en la segunda de las sentencias citadas, en su fundamento de derecho tercero (párrafo segundo) indica el Tribunal «*independientemente de que sea correcto o no reiniciar el procedimiento una vez anulada una sanción no prescrita (lo que esta Sala pone seriamente en duda aunque no vamos a pronunciarnos sobre ello al no ser objeto de debate ni necesario para la toma de resolución)...*», mientras que en la sentencia de 1 de septiembre de 2009 en el último párrafo de su fundamento de derecho primero afirma el Tribunal que «*para terminar, los efectos de la declaración de nulidad al resolver un recurso de alzada. Hubiera sido esclarecedor escuchar argumentos relativos a si, caso de que no hubiera prescrito una falta disciplinaria, quepa imponer correctivo por los mismos hechos cuando se ha declarado la nulidad de la sanción. Quizá aquí se aplicó la doctrina fijada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencias como la de 12 de julio de 2003 al resolver un recurso en interés de ley, o la de 27 de febrero de 2007, del Pleno de la misma (sic<sup>1</sup>), en las*

---

<sup>1</sup> En realidad creo que la cita de la mencionada sentencia debe entenderse referida a la del Pleno de la sala 3ª del TS de 27 de febrero de 2006, en la que el Alto Tribunal consideró que el instituto de la caducidad previsto en el art 44 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tras la modificación operada por la Ley 4/99 era de

*que se determina que la caducidad de un expediente disciplinario no implica la prescripción ni impide el ulterior ejercicio del «ius puniendi» en un nuevo procedimiento. Aquí no estamos ante un problema de caducidad, esto es, la actuación fuera de tiempo de la Administración sancionadora, sino ante la declaración por parte del llamado a resolver un recurso de que la actuación sancionadora es nula por la vulneración de un derecho fundamental que ampara al corregido. No sería absurdo considerar que no cabe en estos casos reiniciar un procedimiento; en paralelo con los efectos de la Casación o Apelación plena y la doctrina de la cosa juzgada en el campo penal».*

Es por ello que parece necesario referirse a algunas de las instituciones o aspectos mencionados en dichas sentencias y, tras un somero examen de las mismas pronunciarse acerca de si vedan la posibilidad de imponer una nueva sanción disciplinaria respecto de unos hechos que han sido previamente sancionados como constitutivos de falta leve disciplinaria, sanción que, no obstante, es posteriormente anulada en vía de recurso disciplinario. En este sentido estimo que el Tribunal Militar Territorial en las referidas sentencias hace las afirmaciones a que anteriormente se hizo mérito pensando en, además de la cita de la *cosa juzgada*, por extensión o conexión con ella también en el principio *non bis in idem*, por lo que para resolver la duda jurídica que plantea dicho órgano judicial parece necesario referirse, siquiera someramente, a ambas instituciones jurídicas.

## **II. LA COSA JUZGADA Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO DISCIPLINARIO MILITAR Y A LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS MILITARES**

En principio debe indicarse que el instituto de la cosa juzgada es más propio de los procedimientos judiciales y de determinadas resoluciones judiciales, siendo mucho más discutible si dicho instituto o efecto se puede predicar igualmente de los procedimientos administrativos y de las resoluciones (entendidas esta expresión en sentido amplio y no estricto) que pongan fin a un determinado procedimiento administrativo o que se dicten en un procedimiento de tal clase y más concretamente a los procedimientos sancionadores/disciplinarios y los actos que pongan fin a dichos procedimientos, y en este sentido conviene resaltar que no existe ninguna norma en nuestro derecho que se refiera a la «cosa juzgada administrativa»<sup>2</sup>, al contrario de lo que sucede en materia procesal.

Aunque no es éste lugar para hacer un examen exhaustivo de la *cosa juzgada* conviene tener en cuenta que la Exposición de Motivos de la vigente Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil<sup>3</sup> (en adelante LEC) señala que *En cuanto a la cosa*

---

aplicación al procedimiento disciplinario a seguir contra jueces y magistrados y sienta la doctrina de que es de aplicación a todos los procedimientos sancionadores, incluidos los disciplinarios, salvo que tengan en ese punto una regulación específica que excluya su aplicabilidad.

<sup>2</sup> En este mismo sentido REDONDO ANDREU, I (2009) al tratar del principio *non bis in idem* en la obra conjunta «Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Tomo I», VVAA, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, DE FUENTES BARDAJÍ, J (Director), PEREÑA PINEDO, I (Coordinador), Thomson-Reuters Aranzadi y Dirección del Servicio Jurídico del Estado, pág. 313.

<sup>3</sup> Sin embargo con anterioridad a dicha LEC ya el art 3 de la LO 2/89 de 13 de abril Procesal Militar se refería a dicho instituto.

*juzgada, esta Ley, rehuyendo de nuevo lo que en ella sería doctrinarismo, se aparta, empero, de superadas concepciones de índole casi metajurídica y, conforme a la mejor técnica jurídica, **entiende la cosa juzgada como un instituto de naturaleza esencialmente procesal**, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos..., haciendo referencia a ella en los arts. 207 (para la cosa juzgada formal) y 222 (para la que denomina cosa juzgada material).*

En este sentido conviene recordar que entre las clases de cosa juzgada se suele distinguir entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, y así, desde un punto de vista general puede decirse que la cosa juzgada formal es la inmutabilidad de la sentencia (o correspondiente acto o resolución si es que es aplicable a ellas) por la preclusión de los recursos; y la cosa juzgada material, la inmutabilidad de los efectos de la sentencia (o del correspondiente acto o resolución si es que es aplicable a ellas) no sujeta ya a recursos, en todo proceso futuro sobre el mismo objeto, y dentro de ella se suele hablar de efecto positivo o prejudicial en cuanto vinculación de lo resuelto en el juicio inicial sobre otros posteriores en cuanto lo resuelto con fuerza de cosa juzgada sea antecedente lógico del objeto del nuevo juicio, y el efecto negativo o excluyente en cuanto imposibilidad de volver a plantear un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

La Sala 2ª, de lo Penal, del Tribunal Supremo se ha pronunciado ya en numerosas ocasiones sobre esta institución en el ámbito penal. Una de las últimas sentencias recaídas sobre el tema la podemos encontrar en la de 30 de octubre de 2009 en la que el Alto Tribunal expresamente conecta la cosa juzgada con el principio *non bis in ídem* indicando que aquélla es una consecuencia inherente de este último y, sin extendernos a otras consideraciones igualmente relevantes contenidas en dicha resolución judicial, destacando que en el proceso penal, al contrario de lo que sucede en otras ramas del derecho, *la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona (STS 24.4.2000), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio «non bis in ídem», y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13/04/1977, según el cual «nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país».*

Tal y como hemos dicho y resulta de la propia Exposición de Motivos de la LEC, el instituto de la cosa juzgada tiene naturaleza esencialmente procesal, y ello explica que se haga referencia a la misma en las diferentes Leyes Procesales, y que no se mencione sin embargo en el ámbito del procedimiento administrativo, aunque sí en la

Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>4</sup> (en adelante LJCA), por lo que podría discutirse más en profundidad si esa institución es de aplicación a los procedimientos administrativos, y si los actos administrativos (o al menos algunas de sus categorías) gozan de los efectos propios de la cosa juzgada al igual que sucede con algunas resoluciones judiciales (no todas, sino esencialmente las sentencias, y en concreto aquéllas que entran en el examen de fondo del objeto del proceso y otras resoluciones judiciales equiparables a aquéllas)<sup>5</sup>.

Aún cuando es cierto que puede decirse que efectivamente los actos administrativos pueden gozar de un efecto similar al de la denominada cosa juzgada formal por cuanto que una vez transcurrido el plazo previsto para su impugnación sin haberlo hecho o una vez agotados los recursos pertinentes llega un momento que el acto administrativo deviene firme en vía administrativa, siempre queda en su caso la posterior vía judicial en la que se examinará la legalidad o no del acto, y ello sin perjuicio de que por diversas razones el recurso pueda ser inadmisibile (entre ellas precisamente por aplicación de la cosa juzgada, por haberse resuelto ya en otro previo proceso judicial contencioso-administrativo la cuestión debatida, o por extemporaneidad en la interposición del recurso, o por falta de agotamiento de la vía administrativa previa, o incluso por tratarse de un *acto reproducción o confirmación de uno previo firme y consentido*, pero, salvo este último supuesto, dichas causas de inadmisión del recurso no son reflejo propiamente de la cosa juzgada, que no parece que pueda predicarse del acto administrativo), y además no puede perderse de vista que esa firmeza de la vía administrativa es parcialmente relativa si tenemos en cuenta que (además del posible recurso extraordinario de revisión al igual que contra las sentencias firmes) la Administración goza (eso sí, bajo ciertas condiciones y requisitos y no respecto de todos o cualesquiera actos) de la potestad revisora de los actos administrativos, lo que desde luego no es predicable (en principio) de las resoluciones judiciales que son inmutables.

También es verdad que en cierta medida el efecto de la cosa juzgada material puede predicarse de los actos *reproducción o confirmación de uno previo firme y con-*

---

<sup>4</sup> En este sentido el art 69.d) de dicho texto legal señala que la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo o de alguna de las pretensiones ejercitadas en el mismo cuando recayera sobre cosa juzgada, al igual que se hacía en su precedente art 82.d) de la LJCA de 27 de diciembre de 1956.

<sup>5</sup> En general la jurisdicción contencioso-administrativa refiere la institución de la cosa juzgada a las resoluciones judiciales, sin referirla a los actos administrativos al indicar que el principio o eficacia de cosa juzgada material se produce cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída, todo ello atendiendo de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias (por todas sentencias del TS de 30-6-2003, 22-4-2005). Por lo demás la propia Sala 3ª, de lo contencioso-administrativo, del Alto Tribunal ha destacado asimismo la dificultad de apreciar la cosa juzgada en los procesos contenciosos en atención precisamente a las propias características del acto administrativo al afirmar que «*basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente*» (así, por todas sentencias de 10-11-1982, 28-1-1985, 30-10-1985, 23-3-1987, 15-3-1999, 5-2-2001, 17-12-2001, 23-9-2002, 1-3-2004, 22-4-2005).

*sentido*, pero lo cierto es que ello se podrá dilucidar en la vía jurisdiccional, y caso de ser cierto se declarará la inadmisibilidad del recurso, por lo que no parece equiparable este tipo de actos con las resoluciones judiciales de las que se predica la cosa juzgada material.

Por lo demás es lógico que el instituto de la cosa juzgada se predique precisamente de las sentencias de fondo (y de otras resoluciones judiciales que se equiparan en sus efectos a aquéllas) todo ello en virtud del principio de separación de poderes y de la atribución a los órganos judiciales de la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, al corresponderles en exclusiva el dar la última respuesta respecto de las controversias que se susciten en cualesquiera órdenes jurisdiccionales, y por ello es respecto de sus resoluciones, y sólo de ellas, de las que en puridad puede predicarse la «santidad»<sup>6</sup> de la *cosa juzgada*, sin que ello se pueda predicar en sentido propio de los procedimientos administrativos y de los actos administrativos (o al menos de algunos de ellos).

En todo caso la respuesta a la pregunta que nos ocupa parece que podría venir no tanto por la propia institución de la *cosa juzgada* como, en el ámbito punitivo, por la aplicación del principio *non bis in ídem* que resulta tanto de aplicación en el campo del derecho y del proceso penal, como del procedimiento administrativo sancionador y de las sanciones administrativas, por lo que parece conveniente hacer una pequeña referencia a dicho principio, debiendo destacarse, no obstante, que es habitual hablar conjunta o simultáneamente del instituto de la *cosa juzgada* y del principio *non bis in ídem*, dada la íntima conexión y relación que, tanto un importante sector doctrinal como de los órganos judiciales, se han encargado de resaltar<sup>7</sup>, conexión y relación que, sin embargo, es criticada por autores como Nieto<sup>8</sup>, que señalan que en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador resulta muy difícil el tratar de introducir la «*cosa juzgada civil*» y muy problemática la de la «*cosa juzgada contencioso-administrativa*», por lo que la trasposición debería comenzar entonces por la «*cosa juzgada penal*», lo cual no resulta sencillo por cuanto significaría traducir al Derecho Administrativo proposiciones propias del Derecho Penal, y supone, además, una misión hartamente imposible cuando dicho salto o trasposición tiene lugar desde un Tribunal penal a un acto rigurosamente administrativo aún cuando tenga carácter sancionador, y por ello el autor citado concluye afirmando que la mentada conexión del principio *non bis in ídem* con la *cosa juzgada* carece de justificación dogmática y además no viene impuesta por el Derecho positivo, por lo que la única explicación para su aceptación sería si gracias a la institución de la *cosa juzgada* se pudiera manejar con seguridad y frutos la regla de la prohibición de *bis in ídem*, circunstancia que dicho autor niega categóricamente, finalizando con la afirmación de que en este punto el Derecho Administrativo Sancionador debería elaborar una doctrina propia aunque parcialmente inspirada en la estructura de la

---

<sup>6</sup> Expresión ésta de «santidad» de la cosa juzgada bastante denostada por un importante sector de la doctrina procesalista y de la que incluso rehúye la propia Exposición de Motivos de la LEC.

<sup>7</sup> Tanto del propio poder judicial (en este sentido conviene traer nuevamente a colación la ya citada sentencia de la Sala 2ª, de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009), como del Tribunal Constitucional (así por todas STC 2/2003 de 16 de enero).

<sup>8</sup> NIETO GARCÍA, A (2008) «Derecho Administrativo Sancionador», Tecnos, Madrid, págs. 474-475.

*cosa juzgada*, y que resulta necesario distanciarse de las técnicas procesales máxime cuando en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador el principio *non bis in ídem* operaría incluso para dos sanciones administrativas, sin que, por tanto, mediaran ni sentencia ni *cosa juzgada*.

### III. REGULACIÓN, CARACTERES Y ELEMENTOS DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM

#### 3.1. Regulación del principio *non bis in ídem* en nuestro ordenamiento jurídico

Aún cuando en nuestra Norma Fundamental de 1978 no aparece expresamente consagrado el principio «*non bis in ídem*» es lo cierto que ya desde la temprana Sentencia 2/1981, de 30 de enero, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el principio *non bis in ídem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE), dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones<sup>9-10</sup>. La garantía de no ser sometido a *bis in ídem* se configura, por tanto, según el citado Tribunal, como un **derecho fundamental**.

Por lo demás este principio *non bis in ídem* ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU (hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977), en el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2009), o en el art 50 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, debiendo los preceptos constitucionales y nuestras normas internas interpretarse de conformidad con los mismos (art 10 CE), siendo necesario igualmente tener en cuenta las resoluciones de los tribunales que aplican o interpretan dichos textos internacionales para aplicar sus conclusiones o razonamientos en la interpretación y aplicación de nuestras normas internas en cuanto se refieran o afecten a los derechos reconocidos por las mencionadas normas internacionales, razones que han permitido a nuestro Tribunal Constitucional afirmar que este principio *non bis in ídem* protege al ciudadano, no sólo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal–, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado –absolución o sanción– del mismo (por todas SSTC 2/2003, de 16 de enero, 188/2005 de 7 de julio).

---

<sup>9</sup> Debe indicarse, no obstante, que el propio TC ha considerado en otras ocasiones que el fundamento de dicho principio era no sólo el principio de legalidad sino que podría serlo también la presunción de inocencia (ej STC 77/1983 de 3 de octubre), el de seguridad jurídica y proporcionalidad (STC 177/1999 de 11 de octubre), y recientemente básicamente en el principio de proporcionalidad (STC 2/2003 de 16 de enero).

<sup>10</sup> Sobre el fundamento del principio *non bis in ídem* y su eventual consagración a nivel normativo en nuestro derecho puede consultarse, entre otros, NIETO, A. «Derecho Administrativo Sancionador» op cit págs. 471 y ss.

### 3.2. Caracteres y contenido del principio non bis in ídem en nuestro derecho

Para el Supremo Intérprete de nuestra Norma Normarum este derecho fundamental presenta un doble aspecto, vertiente o dimensión: por un lado la **material** y por otro la **procesal** (y ello sin entrar en el examen de criterios específicos para determinadas situaciones, como por ejemplo las derivadas de una relación de sujeción especial<sup>11</sup>), si bien teniendo en cuenta que el presupuesto de aplicación del principio reside en la concurrencia de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, puesto que el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento (así, entre otras SSTC 2/2003, de 16 de enero, 229/2003, de 18 de diciembre, 188/2005 de 7 de julio).

Entrando ya en los dos aspectos o dimensiones del mentado principio podemos destacar lo siguiente<sup>12</sup>:

1.º) En su **vertiente material o sustantiva**, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, sentencias 159/1985 de 27 de noviembre; 154/1990, de 15 de octubre; 204/1996, de 16 de diciembre; 2/2003, de 16 de enero; 180/2004 de 2 de noviembre; 48/2007 de 12 de marzo; 91/2009 de 29 de abril ó 77/2010 de 19 de octubre), habiendo señalado el propio Tribunal Constitucional que de esta afirmación se deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona la lesión, pero que no es requisito necesario para su producción (así SSTC 66/1986 de 26 de mayo, 154/1990 de 15 de octubre, 2/2003 de 16 de enero, 180/2004 de 2 de noviembre).

Esta garantía material, vinculada a los principios de tipicidad y legalidad, *tiene como finalidad o núcleo esencial* evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones supone la creación de una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y material-

<sup>11</sup> En este sentido debe indicarse que el Tribunal Constitucional ha admitido que en ciertas situaciones, como son las derivadas de relaciones especiales de sujeción, no existe vulneración del principio non bis in ídem en los casos de doble sanción (administrativa y penal), relajándose las exigencias normales para la apreciación de la vulneración del mencionado derecho fundamental, aunque en esencia cabe afirmar que dicha doble imposición de sanciones es posible siempre y cuando la infracción penal y la administrativa atiendan a distintos fines, protejan diversos sectores o fines del ordenamiento jurídico, es decir, tengan un fundamento diferente. No obstante sobre esta cuestión puede examinarse la certera crítica de NIETO, A «Derecho Administrativo Sancionador» op cit págs. 503-506.

<sup>12</sup> Básicamente exponemos aquí la doctrina sentada sobre este principio por el Pleno del Tribunal Constitucional a partir de su sentencia 2/2003 de 16 de enero en que se apartó de la doctrina que anteriormente sustentaba sobre el particular en las sentencias 177/1999 de 11 de octubre y 152/2001 de 2 de julio.

zando la imposición de una sanción no prevista legalmente (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero; 180/2004, de 2 de noviembre; 188/2005, de 4 de julio; 334/2005, de 20 de diciembre; 48/2007 de 12 de marzo; 91/2009 de 20 de abril ó 77/2010 de 19 de octubre), habiendo señalado el TC que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada (entre otras SSTC 2/2003 de 16 de enero, 334/2005 de 20 de diciembre)<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Esta afirmación del TC permite en gran medida mantener que no existe vulneración del derecho fundamental o principio non bis in ídem en ciertas situaciones que, con cierta habitualidad o frecuencia, se producen en el ámbito castrense.

Así, por un lado, la posibilidad de incoar un procedimiento por falta grave o muy grave respecto de unos hechos que previamente fueron sancionados como constitutivos de falta leve, y en este sentido cabe destacar que el vigente art 63.1 de la Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante LORDFAS), al igual que establecían sus precedentes (art 44 de la LORDFAS 1985 y 37 de la LORDGC 1991) prevé la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento por falta grave o expediente gubernativo respecto de unos hechos que previamente hayan sido sancionados como constitutivos de una falta leve, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto y la interpretación que sobre los mismos ha fijado la sala 5ª, de lo militar, del Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 25 de octubre de 2002, 14 de marzo de 2003 y 13 de enero de 2005 (al igual que ha hecho por ejemplo el Tribunal Militar Central en su sentencia de 25 de febrero de 2009), y que consisten, en esencia, en que se acuerde el inicio del procedimiento dentro del improrrogable plazo de caducidad de 15 días hábiles siguientes a aquél en que se haya notificado al infractor la imposición de una sanción por falta leve y que, además, dentro del plazo de 10 días siguientes a dicha iniciación se le notifique al encartado dicho acuerdo de iniciación. Esta posibilidad, sin embargo, ha desaparecido de la vigente Ley Orgánica 12/2007 de 22 de octubre del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que no contiene un precepto análogo a los citados, sin que a estos efectos se pueda equiparar el contenido de su art 48, que prevé la posibilidad de incoar un procedimiento nuevo cuando durante la tramitación de uno específico dirigido a sancionar los hechos como constitutivos de una determinada infracción se considere que pudieran ser constitutivos de otra de mayor gravedad, pero sin prever expresamente el que se incoe un nuevo procedimiento de mayor gravedad respecto de hechos sancionados ya previamente (en este mismo sentido MARCHAL ESCALONA, A.N. (Coordinador) (2008) «Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 672-673.

Y, por otro lado, la previa imposición de una sanción disciplinaria y posterior condena penal sobre los mismos hechos, situación respecto de la que debe indicarse que aún cuando ello no debe ser lo normal ni conveniente (al menos respecto de sanciones por falta grave o muy grave, dada la regla de la preferencia de la jurisdicción penal sobre los procedimientos administrativos sancionadores a que posteriormente haremos mención), no resulta extraña respecto de eventuales sanciones por falta leve de hechos que posteriormente son considerados como constitutivos de ilícito penal. En estos casos en el ámbito castrense existen remedos para evitar sanciones punitivas desproporcionadas, y a estos efectos interesa traer a colación que tanto el art 27 del Código Penal Militar (en adelante CPM), como el art 85 de la Ley Procesal Militar establecen que para el cumplimiento de las condenas impuestas por la comisión de delitos previstos en el propio CPM se abonará, entre otros, el tiempo de arresto disciplinario sufrido por los mismos hechos, que se reseñará expresamente en la sentencia. En este mismo sentido se ha expresado de forma reiterada la sala 5ª, de lo militar, del Tribunal Supremo, entre otras en sentencias 9 de mayo de 1990; 17 de noviembre de 1992; 21 de junio de 1993; 10 de mayo de 1995; 24 de abril de 1997; 6 de julio de 1998; 19 de julio de 1999; 9 y 16 de abril de 2001; 27 de febrero de 2004; 20 de diciembre de 2004; 25 de abril de 2005; 19 de mayo de 2005 o incluso en la más reciente de 29 de diciembre de 2009, manifestando la sala del Alto Tribunal, que se hace eco de la doctrina sentada al respecto por el TC (entre otras en su sentencia 2/2003 de 16 de enero)

2º) Junto a esa dimensión material, el principio tiene una **dimensión procesal o formal** constitucionalmente relevante, de la que se deriva fundamentalmente la interdicción constitucional de un doble proceso penal con el mismo objeto o de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, si bien esta garantía no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo a aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento (su grado de complejidad), como a las de la sanción que sea posible imponer en él (su naturaleza y magnitud), pueden equipararse a un proceso penal a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal, de modo que cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador (SSTC 2/2003, de 16 de enero; 334/2005, de 20 de diciembre; 48/2007 de 12 de marzo).

Además esta dimensión procesal o formal supone que se proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal (así, por todas SSTC 2/2003, de 16 de enero, 229/2003, de 18 de diciembre, 188/2005 de 7 de julio, y así lo ha reconocido igualmente el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en sentencias de 29 de mayo de 2001, en el caso *Franz Fischer contra Austria*; y de 6 de junio de 2002, en el asunto *Sallen contra Austria*)<sup>14</sup>.

---

que «en el ámbito militar la necesidad del inmediato restablecimiento de la disciplina exige la preventiva acción del mando en la vía que le es propia, mediante la inmediata corrección que impone a todo militar la Ley de Régimen Disciplinario de las fuerzas Armadas en relación con las infracciones que observe sin perjuicio, en su caso, de la posterior iniciación del procedimiento penal, si los hechos revistieron caracteres de delito...», sin perjuicio de abonar el tiempo de sanción disciplinaria para el cumplimiento de la pena que le pudiera ser impuesta.

<sup>14</sup> Debe indicarse, no obstante, que autores como NIETO son bastante críticos con esta preferencia del orden jurisdiccional penal, al indicar que si bien dicha preferencia podría tener justificación en atención a que los órganos judiciales (en este caso del orden penal) tienen una posición prevalente institucional sobre los órganos de la Administración, pero señala dicho autor que dicha afirmación no puede sin embargo ser mantenida cuando la sanción administrativa ha sido revisada por un órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo, puesto que éstos forman parte del Poder Judicial, al igual que los órganos del orden penal, garantizando por tanto todos los derechos del sancionado como pueden hacer los órganos judiciales penales respecto de los inculcados en los procesos que se tramitan ante ellos, de forma que si los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa han confirmado la legalidad de la sanción (y especialmente cuando han sustituido la sanción impuesta por la Administración por otra distinta) carecería de fundamento la supuesta prevalencia del orden penal, y así se recoge en otros ordenamientos jurídicos como el italiano donde no existe esa prevalencia que se atribuye a la resolución de cualquier orden que primero se dicte en el tiempo, de forma que cierra la posibilidad de otras resoluciones en otros órdenes.

Ítem más el propio Nieto señala que cuando la sanción ha sido revisada por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa incluso podría afirmarse que dicha sanción no es impuesta por un órgano de la Administración sino por uno del Poder Judicial, si bien el propio autor reconoce que dicha afirmación

Desde otra perspectiva puede afirmarse que la prohibición de incurrir en «bis in ídem» comprende un ulterior enjuiciamiento cuando un mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, *siendo la regla general para el Supremo Intérprete de la Constitución que los procedimientos administrativos sancionadores no gozan a estos efectos del efecto de cosa juzgada.*

Por tanto los aspectos de la dimensión procesal o formal del principio son:

a) fundamentalmente la interdicción constitucional de un doble proceso penal con el mismo objeto o de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador

---

es un tanto atrevida porque, tanto desde un punto de vista formal, como también desde uno constitucional, las resoluciones administrativas no cambian de naturaleza al pasar a conocimiento de los tribunales, puesto que éstos, en principio, se limitan a controlar su corrección legal, pero para acallar esta crítica el propio Nieto señala que dadas las facultades judiciales de control así como el propio contenido de ciertos fallos de los órganos judiciales se puede comprobar que, en la práctica, los jueces no tienen empacho en sustituir la sanción administrativa por la suya propia y hasta la discrecionalidad administrativa por el arbitrio judicial, de manera que las sentencias o bien «hacen suya» la sanción administrativa o bien la sustituyen por otra, y en cualquier caso, mediando recurso jurisdiccional, no habrá más remedio que considerar tales sanciones, según el citado autor, como actos jurisdiccionales. NIETO, A «Derecho Administrativo Sancionador» op cit págs. 486 y ss.

En cualquier caso conviene recordar que aunque en ocasiones ciertas resoluciones judiciales, en particular de la jurisdicción contencioso-administrativa, han mantenido sanciones administrativas pese a algún defecto vulnerador de los derechos del sancionado producido durante la tramitación del procedimiento administrativo tendente a su imposición, considerando que dicho déficit o vulneración podía ser subsanado en el procedimiento judicial contencioso-administrativo seguido ante los órganos jurisdiccionales, cual si el proceso judicial fuese una continuación o segunda instancia de la actuación seguida en vía administrativa, parece que esta posibilidad está siendo últimamente cuestionada y proscrita, y así podemos citar la sentencia de la sala 5ª, de lo militar, del Tribunal Supremo, de 16 de septiembre de 2009, siguiendo la línea fijada en sus previas sentencias de 5 de febrero y 17 de julio de 2008, donde se contiene la siguiente afirmación «conforme a la actual doctrina constitucional (SSTC 175/2007, de 23 de julio y 243/2007, de 10 de diciembre) recogida ya con anterioridad en esta misma Sala, en el caso de que se hubiere producido una afectación de derecho fundamental del inculpado en la tramitación del Expediente Administrativo, tal vulneración no puede ser subsanada en sede judicial. Dicha doctrina constitucional... se resume así: «no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, «condenen» al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE»; y recientemente, la Sala Primera del Tribunal Constitucional en su Sentencia 82/2009, de 23 de marzo, afirma que «hemos advertido que el proceso contencioso-administrativo no puede servir para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora (SSTC 125/1983, de 26 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 7/1998, de 13 de enero; 59/2004, de 19 de abril; 243/2007, de 10 de diciembre; y 70/2008, de 23 de junio, por todas)». En esta misma línea se postula Alarcón Sotomayor, quien considera que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador las garantías formales y los derechos del presunto infractor deben garantizarse en el seno del procedimiento mismo, y ni siquiera en vía de recurso administrativo (que se trataría de un procedimiento nuevo y distinto donde no se ejercita realmente la potestad sancionadora) y mucho menos en la posterior vía judicial contencioso-administrativa. ALARCÓN SOTOMAYOR, L (2007) «El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales» Thomson-Civitas, Madrid págs. 92 y ss.

cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, si bien esta garantía no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo a aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento (su grado de complejidad), como a las de la sanción que sea posible imponer en él (su naturaleza y magnitud), pueden equipararse a un proceso penal, considerándose que cuando el procedimiento administrativo sancionador es sencillo, y teniendo en cuenta la propia naturaleza y entidad de la infracción y sanción administrativa, no es posible equipararlo a un procedimiento penal no se impide quedar sometido a un nuevo procedimiento sancionador, no vulnerándose por tanto el principio.

b) la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal<sup>15</sup>.

c) la prohibición de incurrir en «bis in ídem» comprende un ulterior enjuiciamiento cuando un mismo hecho ya sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada considerándose, como regla general, que los procedimientos administrativos sancionadores no gozan, a estos efectos, del efecto de cosa juzgada.

En este sentido puede señalarse que, con carácter general, el TC (entre otras STC 91/2008 de 21 de julio) considera que la garantía procesal o formal proscribida, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo **definitivamente** resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, y todo ello porque para el mentado Tribunal de lo contrario se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Evidentemente esta misma afirmación sería trasladable al ámbito de los actos administrativos si éstos gozaran del mencionado efecto, lo cual ya se ha explicado que es más que dudoso y discutible e incluso el propio Tribunal Constitucional no equipara a los efectos del principio non bis in ídem ni los procedimientos judiciales penales con los procedimientos administrativos sancionadores, ni las penas con las sanciones administrativas.

Ahora bien en el ámbito de la dimensión procesal del principio tantas veces citado y a los efectos del presente trabajo resulta relevante o decisivo traer a colación la afirmación contenida en la STC 23/2008 de 11 de febrero, donde el Tribunal Cons-

---

<sup>15</sup> El Tribunal Constitucional se ha referido expresamente a esta cuestión explicando y justificando las razones de la preferencia de la jurisdicción penal sobre el actuar de la Administración y porque aquella no se ve impedida de actuar a pesar de que haya existido un previo (y, en su caso, indebido) pronunciamiento sancionador de la Administración sobre los mismos hechos, y la forma de soslayar un eventual exceso punitivo ante dicha circunstancia, con referencia al remedo o remedos que puede haber establecido el legislador al respecto, extremos en los que no podemos entrar por razones obvias, y que sólo quedan aquí apuntadas.

titucional afirma que *la prohibición de incurrir en «bis in ídem» procesal o doble enjuiciamiento penal queda encuadrada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretándose en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada y que, por tanto, en rigor, no cabe entender concurrente un doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado en virtud del régimen de recursos legalmente previsto (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, ó 218/2007, de 8 de octubre)*<sup>16</sup>.

Ciertamente esta última afirmación del Tribunal Constitucional resulta, a mi juicio, muy interesante para el ámbito del derecho administrativo sancionador y del disciplinario militar en particular, y todo ello sin perder de vista la clara diferenciación tanto en su estructura, organización y principios que caracterizan los procesos judiciales y la actuación de la Administración pública y del proceso penal y el procedimiento administrativo. Desde esta perspectiva cabe destacar que la mayor parte de los supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha acordado anular resoluciones judiciales absolutorias con la consiguiente retroacción de actuaciones se debieron a la necesidad de salvaguardar derechos fundamentales de las partes acusadoras en el ámbito de proceso penal, siendo así que éste se entabla ante un órgano jurisdiccional imparcial por quienes se encuentran en posiciones contrapuestas, como acusación y como acusado (parte acusadora y parte acusada), configuración que obviamente no se produce en el procedimiento administrativo en el que no existen partes como en el proceso penal, sino que intervienen únicamente la Administración y los «interesados», concepto este último de carácter eminentemente jurídico<sup>17</sup> por ser las personas físicas o jurídicas titulares de algún derecho o interés legítimo que pueda verse afectado por la decisión que adopte la Administración en el correspondiente procedimiento, afirmación que incluso es más intensa en los procedimientos sancionadores, y por ende en los procedimientos disciplinarios en los que existe un único interesado, que es el presunto infractor o persona a la que se atribuye la comisión de un ilícito disciplinario, hasta el punto de que el único legitimado para recurrir en la vía administrativa-disciplinaria es el sancionado, que es también básicamente quien puede recurrir la resolución administrativa en la vía judicial por lo que evidentemente la anulación de la resolución sancionadora será básicamente por vulnerar alguno

---

<sup>16</sup> Precisamente sobre este aspecto existe ya una consolidada jurisprudencia constitucional recaída sobre los procesos penales y la diferente configuración de los derechos fundamentales en juego en el proceso penal, claramente diferenciados entre los atribuidos al acusado y a las partes acusadoras, y al diferente contenido del derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva respecto de acusadores y acusados a efectos de la estimación de recursos de amparo contra sentencias absolutorias, tras las cuales se acordara la anulación de la resolución judicial con retroacción de las actuaciones, puesto que el TC es bastante estricto a la hora de proceder a anular resoluciones judiciales penales materialmente absolutorias, considerando que ello sólo procede a instancias de la acusación cuando se ha producido una quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, pues únicamente en tales casos es cuando puede afirmarse en puridad que no ha existido un verdadero proceso con todas las garantías y que por ello la sentencia absolutoria adquiere el carácter de inatacable. Ahora bien lo difícil es precisar cuándo se produce una quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, pues ello no es factible de ser realizado de forma común y generalizada, ni tampoco de forma apriorística, sino que el propio TC ha ido determinando caso por caso ciertos supuestos en los que, a su juicio se producía dicha vulneración.

<sup>17</sup> Vid básicamente art 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

de los derechos de dicho infractor/sancionado, bien por razones de fondo o por infracción del procedimiento sancionador.

En cualquier caso y pese a la diferencia mencionada la esencia de la regla es aplicable a mi juicio tanto para el proceso penal como para el procedimiento administrativo sancionador en tanto que anulada la previa resolución judicial o administrativa que en principio puso fin al proceso o procedimiento administrativo resulta necesaria una retroacción de actuaciones que implique que tenga lugar un nuevo procedimiento sancionador o un nuevo proceso penal con el mismo objeto que se ventiló en el anulado, y todo ello reiterando que el principio *non bis in ídem* sólo tiene lugar respecto de resoluciones firmes de las que se predique el efecto de cosa juzgada.

3º) En esencia, y de forma común a los dos aspectos mencionados, aunque el principio *non bis in ídem* ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, ello no significa, no obstante, que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos, puesto que en la medida en que el *ius puniendi* aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio *non bis in ídem* opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente. Así resulta por lo demás de diversas normas, y fundamentalmente, y refiriéndonos al derecho administrativo, a la norma básica en esta materia, puesto que tanto el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como el art. 5.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, impiden que de nuevo se sancionen administrativamente hechos que ya hayan sido castigados en aplicación del ordenamiento jurídico administrativo o penal, siempre que concurra la triple identidad referida, previsiones que encontramos igualmente en el art 4 de la LORDFAS, cuyo párrafo primero expresamente dispone que *La iniciación de un procedimiento penal no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando fuese firme la dictada en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración. Sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido*<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Regulación ésta de la vigente LORDFAS sustancialmente coincidente con lo que se preveía en el art 4 párrafo primero de la anterior LORDFAS de 1985 (La iniciación de un procedimiento judicial no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración, fuese firme.) y art 3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (La iniciación de un procedimiento penal contra miembros de la Guardia Civil no impedirá la incoación y tramitación de expedien-

#### **IV. LA POSIBILIDAD DE DICTAR NUEVA RESOLUCIÓN SANCIONADORA CUANDO EN VÍA DE RECURSO SE ANULA UNA PREVIA SANCIÓN DISCIPLINARIA**

##### **4.1. Breve referencia a la teoría de la invalidez del acto administrativo y a las facultades del órgano administrativo que debe resolver un recurso (en particular en vía disciplinaria militar)**

Como señalan García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández<sup>19</sup> la teoría de la invalidez de los actos jurídicos es actualmente patrimonio común de la ciencia jurídica, al tratarse de un esquema de conceptos de teoría general del Derecho que básicamente se han construido sobre la base de las técnicas y conceptos del Derecho civil, teoría que básicamente es igualmente predicable de los actos administrativos si bien que sobre dicha teoría o esquema general el Derecho Administrativo proyecta su propia singularidad aportando ciertos matices a la misma, destacando básicamente dos aspectos fundamentales cuales son, por un lado, la presunción de validez de la actuación administrativa, consagrada en el art 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo que hace que en el Derecho Administrativo la regla general es la de la anulabilidad del acto administrativo y no su nulidad radical, produciendo además una progresiva tendencia a la reducción invalidatoria de las infracciones y vicios en que los actos puedan incurrir; y de otro lado, que los actos administrativos son inmediatamente eficaces de forma que la Administración puede materializar esa eficacia imponiendo la ejecución forzosa de los mismos sin esperar a que se resuelva sobre su validez incluso aunque ésta haya sido cuestionada mediante la impugnación del acto a través de los recursos y demás remedios que al efectos haya podido prever el ordenamiento jurídico. Por lo demás este último aspecto es especialmente intenso en el procedimiento disciplinario militar, toda vez que las sanciones disciplinarias son inmediatamente ejecutivas aún cuando hayan sido recurridas<sup>20</sup>, regla que, sin embargo, no es necesariamente la que

---

tes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la dictada en el ámbito penal sea firme, vinculando la declaración de hechos probados), si bien la regulación actual es más completa, detallada y expresamente prohíbe la duplicidad de sanciones penales y administrativas en los casos de identidad de sujeto, hecho y fundamento (aunque, sin embargo, no prohíbe expresamente la duplicidad de sanciones administrativas sobre los mismos hechos como sí prevé el ya citado art 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), extremo este último que como puede comprobarse no estaba expresamente previsto en la precedente LORDFAS de 1985 ni en la LORDGC de 1991. Finalmente el art 4 de la vigente Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil contiene una regulación análoga a la que se preveía en su antecesora de 1991 (La iniciación de un procedimiento penal contra miembros de la Guardia Civil no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva de dichos procedimientos sancionadores sólo podrá producirse cuando la dictada en el ámbito penal sea firme, vinculando la declaración de hechos probados).

<sup>19</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R (2003) «Curso de Derecho Administrativo I», Civitas, Madrid págs. 611 y ss.

<sup>20</sup> Así los arts. 67 y 75 LORDFAS exteriorizan la inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias incluso aunque hayan sido recurridas en la vía disciplinaria, preceptos que además deben completarse con lo señalado en los arts. 70 y 81 sobre la posibilidad de suspender el cumplimiento de las sanciones (el segundo de ellos al haberse solicitado por el sancionado en vía de recurso). Por lo demás esta regulación es análoga a la que se contenía en los arts. 46 y 49 LORDFAS 1985, y art 54 de la LORDGC 1991 y a la prevista en el art 66 LORDGC 2007.

se prevé para los procedimientos administrativos sancionadores en general y específicamente los que se rijan por las previsiones de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, cuyo art 138.3 señala que la resolución (sancionadora) será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa, lo cual implica que si la sanción es susceptible de ser recurrida en alzada y es impugnada no procede la ejecución inmediata de la sanción<sup>21</sup>.

Es por ello que la doctrina administrativista, siguiendo el derecho positivo consagrado en los arts. 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, suele distinguir a la hora de diferenciar los grados de invalidez de los actos administrativos la siguiente escala: nulidad de pleno derecho, anulabilidad (subdistinguiendo a su vez entre infracción grave de una norma legal o reglamentaria e infracción simple del ordenamiento jurídico) y finalmente irregularidades no invalidantes. En cualquier caso, y sin ánimo de referirnos a la distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad sí conviene recordar que ambas categorías forman parte de lo que en sentido amplio se conceptúa como *ineficacia* en cuanto que cualquiera de ambas causas de invalidez del acto administrativo suponen que el mismo no produzca los efectos jurídicos que le son propios.

Obviamente dado que el procedimiento disciplinario militar es un procedimiento administrativo y que por tanto los actos que se dicten en aquél (y en especial aquél que finalice el procedimiento con imposición de una sanción de las previstas en la Ley) son actos administrativos que deben reunir los requisitos de validez propios de tales actos, resultan afectados por los mismos motivos o causas de invalidez que cualquier otro acto administrativo, causas que, por ende, son comunes a todos ellos y que tienen una regulación común en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, a la que, por tanto, resulta necesario acudir para verificar si los actos disciplinarios (esto es, los dictados en un procedimiento disciplinario militar) resultan acordes al ordenamiento jurídico por reunir los requisitos que dicha norma establece para la validez de cualquier acto administrativo<sup>22</sup>.

Pues bien resulta palmario que ante la imposición de una sanción disciplinaria militar el sancionado podrá recurrir dicha sanción ante el superior jerárquico del mando o autoridad que la impuso, siguiendo el escalonamiento que se establece en el art 27 LORDFAS, pretendiendo su anulación alegando que la misma incurre en un vicio de nulidad radical o anulabilidad, correspondiendo por tanto al órgano administrativo que debe resolver dicho recurso el decidir si procede su inadmisión, y, si es admitido a trámite, su estimación o desestimación, y todo ello resaltando que dicho superior jerárquico goza de un poder revisor casi pleno y absoluto, puesto que, como señala el art 80 apartado 2 de la LORDFAS *«en todo caso, la autoridad ante la que se recurre comprobará si se ha respetado el procedimiento establecido, llevará a cabo las*

---

<sup>21</sup> Especialidad del procedimiento administrativo sancionador que no se produce en general en el resto de procedimientos administrativos, puesto que la interposición de cualquier recurso en vía administrativa tampoco implica de por sí la suspensión de efectos del acto recurrido, tal y como dispone en el art 111 apartado 1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

<sup>22</sup> Y todo ello, claro está, sin perjuicio de que, además, la propia Disposición Final Primera de la LORDFAS se remite con carácter supletorio a la propia Ley de Procedimiento Administrativo Común y a la Ley Procesal Militar para todas las cuestiones de procedimiento y recurso que no tengan regulación específica en aquélla.

*averiguaciones pertinentes y revisará o considerará los hechos, su calificación, y la sanción impuesta, que podrá anular, disminuir o mantener»,* previsión que supone por tanto un poder casi omnímodo de quien deber resolver el recurso que le permite un amplio margen de actuación a salvo claro está, en todo caso, de la prohibición de la reformatio in peius puesto que en modo alguno le está permitido imponer una sanción de mayor gravedad que la que ha sido recurrida.

Como puede observarse la previsión del precepto disciplinario mencionado coincide sustancialmente con lo previsto en el art 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre la resolución que se dicte respecto de los recursos administrativos, el cual expresamente señala

*1. La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.*

*2. Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido salvo lo dispuesto en el artículo 67.*

*3. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oírán previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial.*

Obsérvese, no obstante, que el art 80.2 LORDFAS en ningún momento habla de una «retroacción» de las actuaciones en el caso de que se hubiera producido en el procedimiento seguido para la imposición de la sanción recurrida un vicio de forma o procedimental que impidiera al mando o autoridad que debe resolver un recurso pronunciarse sobre su fondo y dilucidar si efectivamente procede declarar la responsabilidad disciplinaria del sancionado y recurrente y confirmar la sanción (o en su caso disminuirla) o anularla porque no procede declarar su responsabilidad (por la razón que sea), pero el silencio de la Ley Disciplinaria no implica que dicha retroacción no pueda acordarse cuando quien resuelve el recurso decida anular el acto sancionador impugnado, y ello porque en todo caso estaría facultado por el ya citado art 113.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación supletoria, como se dijo, de la propia LORDFAS, en particular en materia de procedimiento y recursos, y de hecho es habitual encontrarse resoluciones de recursos de alzada disciplinarios en los que se anula el acto impugnado y se ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en el que se produjo el vicio que determinó dicha anulación para que se subsane el defecto observado y se continúe otra vez el procedimiento a partir de ese momento y se dicte nuevamente resolución sobre el fondo. Ahora bien no siempre o no en todos los casos quien resuelve el recurso acuerda la anulación del acto impugnado y ordena retrotraer las actuaciones, y ello normalmente se produce en los procedimientos disciplinarios por falta leve, lo cual viene determinado en gran medida, a mi juicio, por las propias características de este procedimiento y su diferenciación respecto de los procedimientos por falta grave o muy grave (expedientes gubernativos), extremo al que seguidamente nos referimos y que es el que, a mi juicio, origina parte del problema que ocupa las presentes líneas.

#### 4.2. El diferente planteamiento de los procedimientos disciplinarios por falta leve y por falta grave o muy grave (expedientes gubernativos)

Efectivamente debemos señalar que, a nuestro juicio, el problema suscitado, y que es el que centra el presente trabajo, se plantea únicamente respecto de los procedimientos sancionadores por falta leve (principalmente los orales a que se refiere la LORDFAS de 1998 y a los que se refería la LORDFAS de 1985 y la LORDGC de 1991), pero no en los procedimientos por falta grave o muy grave (en términos generales) tanto de la LORDFAS 1998 como de la LORDGC 2007, así como en el procedimiento por falta leve de esta última, y ello porque estos procedimientos son procedimientos escritos, legalmente formalizados, habiéndose establecido la necesidad de que se practiquen ciertos trámites o actuaciones, pudiendo distinguirse en los mismos diferentes fases o trámites perfectamente establecidos y diferenciados y que tienen lugar mediante una sucesión temporal claramente definida. De esta manera cuando la autoridad o mando que tiene que resolver un recurso contra una sanción disciplinaria, gozando de una amplia potestad o facultades revisoras, resulta que aprecia algún defecto procedimental durante la tramitación del procedimiento que no impide dictar resolución sobre el fondo (en especial si considera que procede anular la sanción porque el sancionado no ha incurrido en responsabilidad disciplinaria por la razón que sea) puede obviarlo resolviendo sobre el mismo, igualmente si en ese mismo momento puede subsanar el defecto apreciado por ejemplo a través del instituto de la convalidación ex art 67 Ley 30/1992, de 26 de noviembre (art 113.2 de dicho texto legal), pero si, como en ocasiones es habitual, entiende que es un defecto formal de especial importancia y de los que determina la nulidad radical de la resolución sancionadora (fundamentalmente por causar indefensión al sancionado), lo procedente es que dicte resolución anulando la sanción impuesta y *ordenando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a producirse el vicio* que determinó la nulidad de las actuaciones posteriores, para que el procedimiento continúe a partir de ese momento, se subsanen los vicios y defectos observados y se dicte nuevamente resolución sobre el fondo del procedimiento sancionador, resolución que evidentemente puede ser nuevamente de imposición de sanción (siempre y cuando la infracción no hubiera prescrito cuando se dicte nuevamente la resolución sancionadora) aún cuando lógicamente lo procedente es que se tenga en cuenta o se descuenta la que previamente se impuso en la resolución anulada.

Como puede observarse en estos casos de anulación de la sanción y retroacción de actuaciones ningún problema se plantea en cuanto a la que se denomina cosa juzgada material y formal, precisamente porque aunque esa resolución del recurso agote la vía disciplinaria, al ordenar la retroacción de actuaciones aún no se ha producido una resolución de fondo o que finalice el procedimiento disciplinario y que tenga el carácter de firme, lo que excluye el poder hablar en todo caso de *cosa juzgada*. Además tampoco habría problema en cuanto a una eventual vulneración del principio non bis in ídem cuando menos en su aspecto material al ser suficiente con que en la nueva resolución sancionadora que pudiera dictarse en el procedimiento disciplinario se tengan en cuenta los efectos «materiales» ya producidos de la sanción anulada en la nueva sanción que se imponga, es decir, que en la nueva sanción se descuenten todos los efectos negativos derivados de la primigenia sanción disciplinaria anulada,

ni evidentemente tampoco de la vertiente formal o procesal del mentado principio si recordamos lo señalado por el Tribunal Constitucional al no existir realmente un doble procedimiento<sup>23</sup>.

La cuestión, sin embargo, puede tornarse más problemática en los casos de procedimientos disciplinarios por falta leve de la LORDFAS de 1998 cuando la autoridad que debe resolver un recurso estima que procede anular la sanción impugnada. Efectivamente, el legislador a la hora de configurar el procedimiento sancionador por falta leve (tanto de la LORDFAS de 1985, como posteriormente de la LORDGC 1991, como de la vigente LORDFAS de 1998) atendió a otros principios y características diferentes de los que siguió para configurar los procedimientos por falta grave y muy grave (expedientes gubernativos), atendiendo básicamente a la oralidad, celeridad y concentración de trámites, todo ello sin merma, evidentemente, de los derechos de defensa básicos que deben mantenerse igualmente para quienes han incurrido presuntamente en una falta leve disciplinaria<sup>24</sup>.

La propia Sala 5ª, de lo militar, del Tribunal Supremo ha realizado esas especialidades del procedimiento por falta leve pero reafirmando igualmente que en dichos procedimientos se garantizan los derechos de defensa de quienes intervienen en ellos como presuntos infractores, pues tales derechos se encuentra en la base del art 24.2 de la Constitución Española que aunque básicamente referidos al proceso penal son igualmente trasladables (con ciertos matices) a todo procedimiento administrativo sancionador, entre los cuales se encuentra obviamente el procedimiento por falta leve. Así, entre otras, en sentencia de 16 de septiembre de 2009, reiterando lo que ya había afirmado en resoluciones anteriores<sup>25</sup>, indica el Alto Tribunal que *«estamos ante un procedimiento aligerado de trámites, pero no falto de las garantías esenciales. Decimos en nuestras Sentencias 01/10/1990; 28/02/1996; 17/04/1996; 13/11/1997; 08/02/1999; 08/06/2001; 16/07/2001; y más recientemente en las de fecha 24/05/2004; 27/09/2004; 19/01/2006; 27/01/2006; 20/02/2006; 23/05/2006 y 19/06/2006, que la proscripción de la indefensión es aplicable a todos los procedimientos administrativos sancionadores, sin que sea la excepción el procedimiento preferentemente oral para la sanción de las faltas disciplinarias leves, y el derecho a defenderse se encuentra en el dicho acto de la audiencia en que se da lugar, primero, a la verificación de la exactitud de los hechos, luego al traslado de los que se atribuyen al encartado; después a la formulación de alegaciones de descargo con posible*

---

<sup>23</sup> No obstante sí puede ser relevante en estos supuestos de retroacción de actuaciones una eventual prescripción de la infracción si ha transcurrido el tiempo para ello (y todo en función del tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento hasta su notificación, pasando por el plazo de instrucción del procedimiento etc.).

<sup>24</sup> Concretamente el art 49 LORDFAS de 1998 relativo al procedimiento por falta leve señala que «La autoridad o mando que tenga competencia para sancionar una falta leve seguirá un procedimiento preferentemente oral, en el que verificará la exactitud de los hechos, oirá al presunto infractor en relación con los mismos, comprobará si están tipificados en alguno de los apartados del artículo 7 de esta Ley y, si procede, graduará e impondrá la sanción correspondiente, ateniéndose a las circunstancias concurrentes en el hecho y en el infractor», estableciéndose que únicamente deberá constar por escrito lo que es la resolución sancionadora conforme el art 50 de dicho texto legal. Este mismo esquema era el que se seguía en el art 37 LORDFAS 1985 (y 38 para la resolución sancionadora) y art 38 LORDGC 1991.

<sup>25</sup> Básicamente las sentencias de esa misma Sala de 17 de julio de 2006, 25 de mayo de 2007 y 7 y 17 de julio de 2008.

*aportación de documentos u otros justificantes que éste considere convenientes para su defensa, incluso la proposición de prueba que el mando sancionador estime pertinente y necesaria, y cuya práctica pueda efectuarse sin demora que perjudique el rápido desenlace del procedimiento, y, por último, la subsunción en el correspondiente tipo disciplinario. De manera que con la observancia de los anteriores requisitos se trasladan a este singular procedimiento las exigencias garantistas que están en la base del art. 24 CE, no mediante una aplicación mimética de las que corresponden paralelamente al proceso penal, ni siquiera las que se predicán de los procedimientos administrativos sancionadores que podemos denominar ordinarios por faltas graves y muy graves, que exigen la sustanciación de Expediente, sino las adecuadas a estos casos de infracciones leves en función de su naturaleza y a la finalidad que cumplen (SSTC 18/1981, de 8 de junio; 7/1998, de 13 de enero; 14/1999, de 22 de febrero, y 74/2004, de 24 de abril, entre otras muchas)».*

De hecho ya en resoluciones anteriores la sala de lo militar del Alto Tribunal (por todas sentencia de 17 de julio de 2006) había mantenido que la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas, regula en su art. 49 el procedimiento a seguir para la corrección de las faltas leves, procedimiento preferentemente oral que establece las garantías indispensables para preservar el fundamental derecho de defensa del encartado, a base de concentrar en la audiencia que se desarrolla ante el mando o autoridad sancionadora, los actos necesarios para evitar la indefensión, destacando que su naturaleza es la que corresponde a la corrección de las infracciones disciplinarias menores, y que su finalidad consiste en el pronto restablecimiento de la disciplina mínimamente quebrantada, y que por eso mismo obedece a un esquema en que destacan la brevedad, prontitud y sumariedad en el trámite y en la decisión, sin merma de aquellas garantías indispensables.

Dadas estas características del procedimiento por falta leve, especialmente por ser procedimientos orales y básicamente no formalizados, en los que no existen diversas fases debidamente diferenciadas<sup>26</sup>, sino que los trámites son especialmente sencillos e incluso se puede realizar toda su tramitación en unidad temporal, no suele ser normal (ni en ocasiones oportuno o procedente) además de, en su caso, acordar anular la resolución sancionadora impugnada, retrotraer las actuaciones precisamente porque en estos casos lo procedente es tramitar de nuevo el procedimiento por falta leve desde el principio (en el supuesto de que no sea factible al dictar resolución sobre el recurso resolver sobre el fondo del procedimiento), sin que sea fácil (e incluso factible) determinar un concreto trámite o hito temporal al que retrotraer las actuaciones, a lo que cabe añadir otro aspecto que, aunque desde un punto de vista estrictamente jurídico puede ser irrelevante a la hora de determinar el contenido de la resolución del recurso (en el sentido de si debe limitarse a anular la sanción impugnada o si, en su caso, debe comprender asimismo la orden de retrotraer las actuaciones), es también cierto que no resulta irrelevante o baladí en términos generales, cual es el hecho de que normalmente quienes deben resolver los recursos de alzada disciplinarios son mandos militares

---

<sup>26</sup> De hecho ni siquiera existe un acto formalizado que como tal implique el inicio del procedimiento, al contrario de los que sucede en los procedimientos por falta grave o muy grave al estar expresamente prevista la existencia del acto que da inicio al procedimiento, constituido por la orden de incoación o de proceder con el contenido señalado en el art 54 LORDFAS (análogo al precedente art 40 de la LORDFAS 1985 y art 40 de la LORDGC 1991)

legos en derecho y que no suelen tener órgano asesor jurídico propio, ni evidentemente suelen recurrir a las asesorías jurídicas de sus mandos superiores para que les asesoren en la forma en que deben resolver recursos contra sanciones normalmente relativas a hechos de escasa importancia y de ínfima levedad, por lo que en general ni siquiera conocen todos los entresijos jurídicos que rodean los procedimientos administrativos ni tampoco el procedimiento en vía de recurso, y que por ende también desconocen la posibilidad de acordar una eventual retroacción de actuaciones.

En este sentido en estos procedimientos resulta necesario distinguir si la resolución por la que se resuelve el recurso contra la sanción disciplinaria es una resolución de fondo o no, en el sentido de si se pronuncia o no sobre la existencia de responsabilidad disciplinaria en el recurrente, de tal manera que si la resolución del recurso anula la sanción pero descarta la existencia de responsabilidad disciplinaria (en principio cualquiera que sea su causa) no parece posible volver a tramitar un nuevo procedimiento disciplinario sobre esos mismos, pues sobre ellos ya habrá existido una resolución pronunciándose sobre si se deduce de los mismos algún tipo de responsabilidad disciplinaria, y ello, a mi juicio, en virtud del principio *non bis in ídem* en su aspecto formal o procesal.

Sin embargo cuando a la hora de resolver el recurso interpuesto contra una sanción disciplinaria el mando o autoridad que debe resolverlo simplemente se limita a anular la sanción impuesta por considerar que se ha producido alguna vulneración procedimental relevante, pero sin pronunciarse acerca de si su conducta (que precisamente puede no estar concretamente definida) es constitutiva o no de alguna infracción disciplinaria, y aunque en la resolución de dicho recurso no se acuerde asimismo retrotraer las actuaciones, no parece que exista impedimento legal alguno para tramitar un nuevo procedimiento disciplinario tendente a depurar las eventuales responsabilidades disciplinarias en que pudiera haber incurrido y todo ello en tanto en cuanto no haya prescrito la presunta infracción que pudiera haber cometido, pudiendo incluso entenderse que esa eventual retroacción en ocasiones está implícita en la resolución del recurso aunque expresamente no se contenga en su parte dispositiva. Efectivamente en estos supuestos considero que resulta factible tramitar de nuevo el procedimiento disciplinario porque no ha existido una resolución de fondo que decida definitivamente la cuestión objeto del procedimiento, ni puede hablarse que exista una vulneración del principio *non bis in ídem*, ni en su aspecto formal o procedimental (a estos efectos puede ser relevante recordar la doctrina del TC sobre qué procedimientos y resoluciones son de los que puede predicarse una equiparación a la *cosa juzgada* y cierre de un eventual proceso o procedimiento posterior sobre los mismos hechos, entre los cuales no parece que puedan incluirse los procedimientos disciplinarios por falta leve, a lo que cabe añadir que la anulación de la resolución sancionadora implica su desaparición del mundo jurídico y que por tanto desaparezcan igualmente todos los efectos que le son propios, como si nunca se hubiera producido), ni en su caso en su aspecto material si la posterior resolución sancionadora por la que se acuerda nuevamente imponer una sanción al interesado tiene en cuenta la impuesta en su día (y que fue anulada, desapareciendo por tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico de la realidad, aunque es igualmente palmario que desde otros puntos de vista no jurídicos aunque a efectos del derecho positivo la sanción haya desaparecido ya ha produ-

cido ciertas consecuencias y efectos que de una u otra manera se han materializado e incluso pueden haberse mantenido o pervivir en la realidad física) para computársela o descontársela de la que le pudiera ser impuesta (incluso a mi juicio en ningún caso parece factible que en este nuevo procedimiento se le pudiera imponer una sanción más grave o de mayor extensión que la que le hubiera sido impuesta inicialmente y que luego fue anulada).

En todo caso sí considero relevante traer a colación que si el Tribunal Supremo ha considerado que en los procedimientos sancionadores formalizados en los que se ha acordado la caducidad del procedimiento nada impide que se inicie un nuevo procedimiento sancionador dirigido a depurar las responsabilidades que se deriven de los hechos objeto del procedimiento en tanto en cuanto la presunta infracción no haya prescrito (lo que por tanto parece descartar que se produzca una vulneración del principio non bis in ídem en su aspecto formal)<sup>27</sup>, iguales consideraciones pueden aplicarse a los casos de procedimientos no formalizados, mucho más sencillos, como son los procedimientos orales por falta leve de la LORDFAS 1998, de donde resulta que la anulación de una sanción disciplinaria en vía de recurso, sin que el mando o autoridad que resuelve el recurso se pronuncie definitivamente sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad disciplinaria en el recurrente, no debe impedir tramitar un nuevo procedimiento disciplinario tendente a depurar esa responsabilidad en tanto en cuanto la misma no haya prescrito.

---

<sup>27</sup> Lo cual en principio es lógico y coherente si tenemos en cuenta que la simple caducidad del procedimiento no implica de por sí la extinción de la responsabilidad sancionadora, pues ello lo producen otras causas, como podría ser la prescripción de la infracción, no existiendo por tanto resolución de fondo firme. En este sentido debe indicarse que esta posibilidad, fijada ya por sentencia de la Sección 5ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 que en un recurso de casación en interés de ley consideró que a la vista de los arts. 44.2 y 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la caducidad del expediente (del procedimiento) no implica la prescripción de la infracción ni impediría el ejercicio, nuevamente, del ius puniendi en un nuevo procedimiento disciplinario en tanto en cuanto la presunta infracción disciplinaria no haya prescrito, doctrina que, por lo demás, ha sido seguida por otras muchas resoluciones de la sala de lo contencioso-administrativo del Alto Tribunal que después de considerar que el régimen de caducidad instaurado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tras su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, resulta igualmente de aplicación a los procedimientos disciplinarios (al menos a la mayoría de ellos) seguidos a personal al servicio de la Administración Pública (tal y como en su momento declaró el Pleno de la Sala 3ª en sentencia de 27 de febrero de 2006 respecto del procedimiento disciplinario contra jueces y magistrados, doctrina ratificada posteriormente en las de 21 y 27 de marzo y 25 de septiembre de 2006), resultando por tanto que aún cuando un procedimiento disciplinario haya caducado nada impide que se pueda iniciar uno nuevo dirigido a sancionar la misma (presunta) infracción en tanto en cuanto la misma no haya prescrito (en este sentido podemos citar, y como más recientes, las SSTS Sala 3ª, sección 7ª de 24/09/2008, sección 7ª de 09/02/2009, sección 8ª de 08/06/2009, sección 8ª de 03/11/2009, sección 8ª de 16/11/2009, sección 7ª de 21/12/2009, sección 4ª de 24/02/2010 (sobre la aplicación en general de la caducidad a todo tipo de procedimientos sancionadores), sección 8ª de 18/03/2010).

En cualquier caso conviene dejar igualmente apuntado que esta posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento sancionador cuando el previamente tramitado ha caducado está en algunas ocasiones vedado por el propio legislador (el ejemplo más paradigmático lo encontramos en el ámbito de las infracciones tributarias, y así vid el art 211 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), y que algún sector doctrinal es igualmente crítico con el criterio de la sala de lo contencioso-administrativo del TS, estimando que una vez caducado el procedimiento sancionador no es factible iniciar uno nuevo dirigido a sancionar la misma (presunta) infracción.

Por lo demás la solución aquí propugnada parece que es igualmente compartida por la Sala 5.<sup>a</sup>, de lo militar, del Tribunal Supremo, que en sentencia de 26 de diciembre de 2000 afirma

*Declarada la nulidad de la resolución sancionadora inicial, se produce la circunstancia de la imposibilidad de su convalidación, y, en consecuencia, no puede considerarse acto convalidante a la resolución dictada en vía de recurso por el Excmo. Sr. General Jefe de la Brigada de La Legión Rey Alfonso XIII el 9 de mayo de 1997, pues el alcance de tal resolución debió circunscribirse a la declaración de la nulidad del acto recurrido, si bien puede significarse que, ante tal nulidad, el citado mando militar tenía la posibilidad de, en ejercicio de su potestad disciplinaria, sancionar la conducta si la consideraba merecedora de ello, ya que los hechos habían tenido lugar el 14 de marzo de 1997 y su resolución se producía con anterioridad a que hubieran transcurrido los dos meses que para la prescripción de la posible falta leve señala el art. 17 de la misma Ley Orgánica 12/1985. Mas para ello, habría tenido que tramitar «ex novo» el procedimiento preferentemente oral que se regula en el art. 37 de la misma Ley, oyendo al presunto infractor y resolviendo con los requisitos que exige su art. 38, es decir, conteniendo un breve relato de los hechos, recogiendo las manifestaciones del infractor y expresando la calificación de la falta.*

Como se puede observar la sala de lo militar del Alto Tribunal se muestra partidaria, sin ambages, de poder tramitar un nuevo procedimiento sancionador, lo cual es sin duda consecuencia de que la anulación de la sanción disciplinaria implica que ésta desaparezca del mundo jurídico como si nunca hubiera tenido lugar en él.

En consecuencia estimo que el criterio apuntado por las referidas sentencias del Tribunal Militar Territorial IV, claramente opuesto a que una vez anulada una sanción por falta leve se pueda iniciar un nuevo procedimiento tendente a su depuración, no debe ser compartido de forma generalizada e indiscriminada, sino que resulta necesario distinguir, caso por caso, si efectivamente la resolución del recurso se pronuncia definitivamente sobre la existencia o no de responsabilidad disciplinaria, puesto que caso de no hacerlo, no existirían argumentos jurídicos de peso (al menos en la actualidad y con los criterios fijados por nuestro Tribunal Constitucional) que proscibieran la posibilidad de tramitar un nuevo procedimiento disciplinario dirigido a depurar la misma conducta.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA Y COMPLEMENTARIA**

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L (2007) «El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales», Tecnos, Madrid.
- COSCULLUELA MONTANER, L (2004) «Manual de Derecho Administrativo. Tomo I», Thomson-Civitas, Madrid.
- DE LA OLIVA, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., TOMÉ GARCÍA J. A. (2000), «Derecho Procesal Penal», Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R (2003) «Curso de Derecho Administrativo I», y «Curso de Derecho Administrativo II» Civitas, Madrid
- MARCHAL ESCALONA, A. N. (Coordinador) (2008) «Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- NIETO GARCÍA, A (2008) «Derecho Administrativo Sancionador», Tecnos, Madrid.
- PARADA VÁZQUEZ, R (2003) «Derecho Administrativo I. Parte General», Marcial Pons, Madrid.
- REDONDO ANDREU, I (2009) al tratar del principio non bis in ídem en la obra conjunta «Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Tomo I» VVAA, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, DE FUENTES BARDAJÍ, J (Director), PEREÑA PINEDO, I (Coordinador), Thomson-Reuters Aranzadi y Dirección del Servicio Jurídico del Estado.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (Coordinador) (1993) «Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil», VVAA, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (Coordinador) (2000) «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas», VVAA, Secretaría General Técnica del Ministerio del Defensa, Madrid.
- SÁNCHEZ GUZMÁN, E (Coordinador) (1995) «Comentarios a las Leyes Procesales Militares. Tomo I y II», VVAA, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid.

## 2. LOS DIFERENTES PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DISCIPLINARIA DE LA GUARDIA CIVIL

*Capitán Auditor Juan José Herbón Costas  
Doctor en Derecho*

SUMARIO: I. Introducción. II. El procedimiento por falta leve. A) La problemática figura del Instructor. B) La imposibilidad de revisión de los procedimientos por falta leve: desigualdad en la aplicación de la ley disciplinaria *versus* prohibición constitucional de *reformatio in peius*. C) El conflicto entre la práctica de prueba a instancia de parte y la potestad sancionadora del mando que presencia los hechos. D) La resolución del procedimiento fuera de plazo: ¿caducidad del mismo o prescripción de la falta leve? III. El procedimiento por falta grave y muy grave A) La instrucción del expediente. B) Los plazos de instrucción de los procedimientos. Prescripción y caducidad. El caso de las faltas muy graves: en busca del tiempo perdido. C) La conformidad al pliego de cargos. IV. La ineficacia de las sanciones previstas por la ley para el mantenimiento de la disciplina.

### I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario del Cuerpo de la Guardia Civil (en adelante LORDGC) nació, en palabras de su propio Preámbulo, como «una adaptación en profundidad» del anterior texto disciplinario (que databa de 1991) «que encuentra acomodo en el proceso de modernización en el que desde hace tiempo está embarcado el conjunto de la Administración Pública española», que en parte perseguía «superar un tratamiento distinto entre los miembros de la Guardia Civil y el resto de funcionarios de la Administración General del Estado», y en parte aproximar todo lo posible su régimen disciplinario al de resto de cuerpos policiales, por considerar al legislador a los guardias civiles como «integrantes de un Cuerpo cuyas funciones ordinarias están mayoritariamente asociadas al ámbito policial, y no al castrense».

Pero si este intento de modernización pudiera resultar *estéticamente* loable, desde una perspectiva funcional ha convertido al régimen disciplinario del Cuerpo en un instrumento inútil, en muchos casos, para afianzar y mantener la disciplina (*militar*) a la que están sujetos los guardias civiles por expresa disposición, entre otras normas<sup>1</sup>, de la propia LORDGC<sup>2</sup>. Y esta ineficacia deriva, sin ánimo de ser ahora exhaustivos, tanto de las antinomias originadas por la colisión entre diversos preceptos de la propia norma<sup>3</sup>, como de disposiciones que imposibilitan *de facto* la corrección de las conductas antidisciplinarias más graves<sup>4</sup>.

## II. EL PROCEDIMIENTO POR FALTA LEVE

### A) La problemática figura del instructor

La figura del Instructor ha sido objeto de dos innovaciones respecto a la regulación que las anteriores normativas disciplinarias, tanto de las Fuerzas Armadas como de la propia Guardia Civil, habían consolidado. Por un lado, y dentro del novedoso procedimiento por falta leve, se instaura un trámite probatorio encargado a un instructor, que será «un subordinado siempre que tenga, al menos, el empleo de Oficial» (art. 50.3, párr. 2º *in fine*). Por el otro, se *desprofesionaliza* la labor instructora de los procedimientos disciplinarios por falta grave y muy grave, permitiendo que la tramitación de los mismos pueda encomendarse a cualquier oficial destinado en el Cuerpo, sin exigírsele la debida formación jurídica que atesoran los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar.

Ciñéndonos en este momento a desentrañar el papel del instructor en los procedimientos por falta leve, resulta cuestionable la presunta naturaleza imperativa del mandato contenido en los apartados 2º y 3º del artículo 50<sup>5</sup>, sobre el que la práctica

<sup>1</sup> Artículos 9 b), 13 y 15.1 LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), artículo 1.1 Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil (LRPGC), artículo 23 LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (LODN), artículo 1.1 LO 11/2007, de 22 de octubre, de Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil (LODDGC), artículo 1.3 Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar (LCM) y artículo 2.2 Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (ROFAS), por solo citar las más importantes.

<sup>2</sup> Preámbulo, párrafo II, párrafo 3º *in fine*: «Todo ello desde una concepción moderna y actual de la Guardia Civil en la que se aúnan las funciones policiales que desarrolla, con la naturaleza militar de su estructura».

<sup>3</sup> Como ocurre con la introducción de figuras en procedimientos concretos (el instructor en los procedimientos por falta leve) no previstas entre los principios generales que deben informar los mismos.

<sup>4</sup> Por ejemplo, el escasísimo plazo de seis meses previsto para la notificación de la resolución, tras la correspondiente instrucción de los expedientes, en las faltas muy graves.

<sup>5</sup> Cuyo texto es el siguiente: «2. El acuerdo de inicio deberá incorporar la designación de instructor e indicar expresamente los derechos que asisten al interesado, incluida la recusación de quien instruya el procedimiento, advirtiéndole de que, si no formula oposición o no propone práctica de prueba, podrá resolverse el expediente sin más trámite. 3. Si el interesado hubiera propuesto prueba, la autoridad o mando competente dictará resolución motivada sobre su procedencia, disponiendo lo necesario para su práctica. El instructor designado practicará las diligencias que hubieran sido admitidas para la comprobación de los hechos, recabando las declaraciones, informes y documentos pertinentes y las que se deduzcan de aquéllas. Cuando el inicio del procedimiento lo hubiera dispuesto alguna de las autoridades citadas en los artículos 28, 29 o 30 de esta Ley, se encomendará su instrucción, en la misma resolución, a un subordinado siempre

jurídica mayoritaria ha construido una teoría que sostiene la necesidad de su nombramiento cuando se incoe un expediente por la comisión de una falta de esta naturaleza. Y es que el texto de los cuestionados apartados del citado artículo choca frontalmente con la atribución por el artículo 30.4 LORDGC de competencia sancionadora a los Suboficiales Comandantes de Puesto, resultando evidente que ningún suboficial puede ordenar a un oficial *a sus órdenes* que instruya un procedimiento, y por ello la interpretación dominante soluciona la antinomia creada por el legislador mediante la contradicción de anteponer una norma puramente *procedimental* (estos arts. 50.2 y 3 LORDGC) sobre otra que atribuye el ejercicio de una competencia disciplinaria *sustantiva*. Con ello priva del ejercicio de su competencia disciplinaria no sólo a los primeros escalones de mando que la estructura orgánica de la Guardia Civil contempla (la del Jefe del Puesto que la gran mayoría de pequeños municipios españoles albergan) sino incluso, en determinadas ocasiones, la de los Capitanes Jefes de Compañía cuando no dispongan de oficiales a sus órdenes a los que poder designar instructor del expediente.

La aplicación de los criterios interpretativos aportados por el artículo 3.1 del Código Civil permitiría sostener, en nuestra opinión, una posición contraria que afirma el carácter meramente potestativo de esta figura. Desde un punto de vista histórico, el texto disciplinario de 1991 contemplaba en su artículo 19.8 esta misma atribución competencial al suboficial comandante de Puesto, lo que indica una línea de continuidad –plenamente coherente con el propio concepto de disciplina militar que debe imperar en el Cuerpo– en la atribución a los mandos más inmediatos de los guardias de una mínima competencia disciplinaria (reducida a la imposición de la sanción de reprensión) para corregir las infracciones más leves cometidas por sus subordinados, pasando a conocimiento de los mandos superiores aquéllas que requirieran para su más adecuada depuración la imposición de sanciones de mayor enjundia.

La interpretación teleológica afirma aún más, en nuestra opinión, esta línea de pensamiento. Por un lado, si el fin de la LORDGC es el mantenimiento de la disciplina en un Cuerpo militar, y caracterizándose la disciplina militar por la inmediatez en la respuesta sancionadora, parece indudable que los Comandantes de Puesto como mandos directos e inmediatos de los guardias a sus órdenes deben poder reprender las conductas desviadas que no requieran medidas de mayor gravedad, siendo, además, esta interpretación más favorable para el infractor, que va a ver su comportamiento sancionado, a lo sumo, con una mera reprensión, frente a la agravación de las consecuencias disciplinarias que suponen la elevación del procedimiento a instancias superiores que pudieran designar al cuestionado instructor<sup>6</sup>.

---

que tenga, al menos, el empleo de Oficial». El texto originario del Proyecto de LORDGC aprobado el 16 de marzo de 2007 daba al artículo 50.2 la siguiente redacción: «El acuerdo de inicio deberá indicar expresamente los derechos que asisten al interesado, advirtiéndole de que, si no formula oposición o no propone la práctica de prueba, podrá resolverse el expediente sin más trámite». Sin embargo, El Grupo Parlamentario de Coalición Canaria enmendó este apartado del artículo (de igual modo que hizo con el apartado siguiente) requiriendo la introducción de la figura de un instructor en este procedimiento

<sup>6</sup> Pudiendo corregirle su Jefe de Compañía con hasta dos días de pérdida de haberes con suspensión de funciones, y su Jefe de Comandancia con hasta cuatro días de haberes por la comisión de la misma falta leve por la que su jefe de puesto solamente le hubiera corregido con una reprensión.

La línea interpretativa mayoritaria ha basado su posición en la caracterización de esta figura como una garantía más para el expedientado<sup>7</sup>, siguiendo la *voluntas legislatoris* que caracteriza al nuevo procedimiento escrito por falta leve como garantista. Sin embargo, y a tenor de la jurisprudencia constitucional en esta materia<sup>8</sup>, consideramos equivocada la posición de considerar al instructor como una de estas garantías, puesto que solamente la diferenciación entre órgano encargado de la instrucción y órgano resolutor del proceso constituye tal (la del «juez no prevenido») dentro del proceso penal<sup>9</sup>. Por tanto, parece que la LORDGC no otorga al instructor de este procedimiento de semejante caracterización, no sólo por tratarse de un procedimiento especial sobre el que no existe supletoriedad alguna de los principios establecidos por el Capítulo II del Título IX Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC) –entre los que se encuentra el de la separación entre órgano instructor y sancionador (art. 134.2)– por expresa disposición del artículo 127.2 de la misma<sup>10</sup>, sino también porque se priva a este instructor de la toma de decisión alguna sobre el impulso, tramitación y dirección del expediente, configurándosele por la LORDGC como un mero escribano –un mecanógrafo si se quiere– a la entera disposición de la autoridad sancionadora<sup>11</sup>.

Y es que el instructor en los procedimientos por faltas leves carece de independencia alguna en el desempeño de sus funciones, hasta el punto de que ni siquiera puede decidir sobre la pertinencia de la prueba a practicar<sup>12</sup> ni tiene capacidad alguna para formular un pliego de cargos o una propuesta de resolución al mando en la que justifique la falta cometida y la sanción aplicar al interesado<sup>13</sup> a la luz de las pruebas

<sup>7</sup> Posición sobre la que se muestra muy crítica L. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 86-87.

<sup>8</sup> Por ejemplo, la STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4º: «Lo que del Instructor cabe reclamar, ex art. 24 y 03 [sic] CE, no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad [...]» (creemos que la confusa referencia al artículo «03 CE» debe entenderse referida al artículo 103 del texto fundamental).

<sup>9</sup> Ver al respecto, entre otras, SSTC 113/1987, de 3 de julio, o 11/1989, de 24 de enero.

<sup>10</sup> Posición defendida en la doctrina científica por L. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo sancionador...*, págs. 84-85, quien sostiene que es una garantía legal (no demasiado efectiva) establecida por el artículo 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que no goza de asiento constitucional o internacional, y que estaría excluida de aplicación en los procedimientos disciplinarios por expresa disposición de la LPAC, y por L. A. De Diego Díez, *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador* (2ª edición actualizada), Bosch, Barcelona, 2009, pág. 206, y admitida por la más reciente jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo, de la que es ejemplo la STS de 15 de noviembre de 2010 (FJ 4º) en el recurso 5/2010.

<sup>11</sup> Mientras que M. Gómez Tomillo e I. Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General* (2ª edición), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 751-752, consideran que el instructor: «Debe asumir todas las funciones de desarrollo del expediente hasta su resolución (notificaciones, medidas cautelares de urgencia, práctica de pruebas, custodia del expediente, etc.)».

<sup>12</sup> Que es competencia de la autoridad sancionadora, artículo 50.3 LORDGC.

<sup>13</sup> A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el antiguo procedimiento disciplinario por falta leve del Cuerpo Nacional de Policía, contenido en el Real Decreto 884/1989, de 19 de julio (derogado por la nueva LO 4/2010, de 20 de mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, en adelante LORDCNP), en el que el instructor decidía sobre las pruebas, practicaba las diligencias de investigación

practicadas y apreciadas por él mismo<sup>14</sup>, y por ello, queda configurado como una figura totalmente contingente y prescindible para los supuestos en que la autoridad disciplinaria, y no sólo los Suboficiales comandantes de Puesto, no dispongan de *un oficial a sus órdenes* a quien encomendar esta *pseudoinstrucción*.

En definitiva, el problema que plantea la antinomia creada por el texto de los artículos 30.4 y 50.2 y 3 LORDGC, ha sido ya estudiado por la doctrina científica al tratar sobre si puede establecerse una jerarquía normativa entre los distintos mandatos contenidos en un mismo texto legal:

«Se trata de averiguar si entre las normas existen conexiones, de las cuales puedan surgir unos criterios de orden y de clasificación. Este problema se plantea sobre todo a la hora de determinar si cada una de las normas, que constituyen los elementos del conjunto, son entre sí equivalentes, de manera que la tarea consiste únicamente en *coordinarlas* entre sí, deslindando sus diferentes planos y niveles de actuación, o si, por el contrario, su respectivo valor no es idéntico y entonces se impone el establecimiento de una jerarquía, graduación y, en definitiva, *subordinación* de unas normas respecto de otras<sup>15</sup>».

Un análisis sistemático del texto disciplinario permite atribuir, en nuestra opinión, una clara primacía al precepto sustantivo que atribuye la competencia sancionadora al Suboficial (es decir, del artículo 30.4) por la función que cumple dentro del marco legal delineado por el legislador –el mantenimiento de la disciplina dentro de la unidad básica de actuación de la Guardia Civil (el puesto rural)–, sobre los preceptos puramente procedimentales (art. 50.2 y 3) que crean una nueva figura (este *pseudoinstructor*) que parece innecesaria (dada su carencia de facultades propias para dirigir la instrucción) para la correcta tramitación del nuevo procedimiento escrito por falta leve. Posición que parece venir corroborada por el texto del artículo 39.4 LORDGC, *sensu contrario*, que ubicado dentro de la rúbrica dedicada a los «principios generales del procedimiento disciplinario» (Cap. I Tít. IV), establece exclusivamente la necesidad de que en toda orden de incoación de un procedimiento por falta grave o muy grave conste la designación de instructor y secretario para los efectos de la recusación. Lo que nos lleva a concluir, siguiendo al reputado autor anteriormente citado, que

«[...] en la normativa de una institución, hay siempre unas normas a las que podemos llamar “básicas”, en cuanto que encuentran su raíz y además expresan o reflejan sus líneas maestras y los criterios fundamentales de organización de tal institución, frente a otras que resuelven conflictos particularizados con criterios que son particulares también. Las primeras reciben su valor propio no sólo de su mayor generalidad, en orden a las hipótesis de aplicación, sino también –y sobre todo– por ser el exponente de los criterios “básicos” respecto de la institución en juego<sup>16</sup>».

---

y formulaba una propuesta de resolución (arts. 29.1 y 30.1), facultades que los nuevos artículos 30 y 31 LORDCNP mantienen en sus manos.

<sup>14</sup> Limitándose a practicar la prueba que le ordene el mando en la fecha y lugar previsto, y a lo sumo practicando motu proprio «las que se deduzcan de aquéllas» (art. 50.3 LORDGC).

<sup>15</sup> L Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (2ª edición), Ariel, Barcelona, 1987, págs. 196-197. Las cursivas aparecen en el original

<sup>16</sup> L Díez-Picazo, cit., pág. 201.

Por ello entendemos que el sentido de los apartados 2º y 3º del artículo 50 no es configurar necesariamente la existencia de un instructor en este procedimiento, sino permitir que en determinados niveles de mando se pueda descargar en algún subordinado una labor administrativa que hurta tiempo y atención del ejercicio cotidiano de las altas responsabilidades que dichos oficiales (pensemos en el Jefe de una Comandancia provincial) tienen atribuidas, permitiendo agilizar un procedimiento que pierde parcialmente sus tradicionales características de inmediatez y celeridad (al desaparecer su carácter oral), a través de un sustituto que alivie la carga de trabajo sin por ello condicionar la exacta apreciación de la prueba por la autoridad sancionadora, que es quien por expreso imperativo legal valora finalmente la misma con independencia de ante quien haya sido practicada: de ahí la inexistencia de un pliego de cargos o de una propuesta de resolución a formular por parte del instructor frente a la que el interesado presente alegaciones; es la propia autoridad disciplinaria quien viene obligada, una vez recibida la documentación probatoria del instructor, a dar vista al interesado «de la prueba practicada y de las demás actuaciones que conformen el procedimiento, [...] para que, en el plazo de cinco días, pueda formular las alegaciones que a su derecho convengan» (art. 50.4 LORDGC).

El instructor, por tanto, no parece ser una garantía del interesado como individuo imparcial<sup>17</sup> que recibe el encargo o comisión de investigar unos hechos que le son ajenos y decidir, tras las oportunas diligencias de esclarecimiento, la proposición de resolución del procedimiento en el sentido procedente<sup>18</sup>, sino un instrumento al servicio del mando<sup>19</sup>. Por eso la LORDGC dice en su artículo 50.3 que cuando las autoridades de los artículos 28 a 30 inicien un procedimiento por falta leve nombrarán como instructor a un subordinado, que debe tener la categoría de oficial, parece evidente que las autoridades que no tengan a sus órdenes a un oficial (por ello, no sólo los suboficiales sino también oficiales que ostenten potestad disciplinaria y no tuvieren en ese momento a sus órdenes a otro oficial) deberían instruir ellas mismas el procedimiento, ya que las garantías que la Ley establece a favor del interesado no residen en quién instruya, labor que en el procedimiento por falta leve hace siempre la autoridad disciplinaria por expreso mandato legal («Si el interesado hubiera propuesto prueba, la autoridad o mando competente dictará resolución motivada sobre su procedencia, disponiendo lo necesario para su práctica», art. 50.3 LORDGC), sino en la correcta articulación de una defensa sostenible, a través del oportuno asesoramiento legal y proposición de la prueba que en su defensa considere oportuna frente a la acusación formulada por el mando en la orden de incoación del procedimiento<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Como apuntan L. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo sancionador...*, pág. 87, y también M. Gómez Tomillo E I. Sanz Rubiales, op. cit., pág. 752, quienes consideran al instructor como «un órgano auxiliar, cuya finalidad es preparar las resoluciones definitivas».

<sup>18</sup> Sin perjuicio de que el Instructor de un procedimiento disciplinario reúna en su condición las funciones de juez y fiscal, y de que no goce de ninguna garantía de independencia frente al mando que le ordena investigar el presunto ilícito, como declara, entre otras, la STS (V) de 8 de marzo de 1999 (FJ 3º): «[...] al carecer el instructor de facultades propias, lo que le diferencia de un juez instructor en los órdenes jurisdiccionales penal o militar [...]».

<sup>19</sup> M. Gómez Tomillo E I. Sanz Rubiales, op. cit., pág. 752, que califican la relación que le une con el órgano iniciador como de «jerarquía debilitada» o de «poder de dirección».

<sup>20</sup> Ganándose así en intermediación, pues como sostiene L. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo sancionador...*, págs. 86-87, la acusación se contiene en la orden de incoación, lo que con-

Pero aun hay un último efecto pernicioso, anteriormente apuntado, en la interpretación asumida actualmente por la práctica jurídica: al sustraerse la competencia sancionadora a quien legítimamente le corresponde, se eleva el comportamiento del interesado ante autoridades disciplinarias superiores que disponen de unas posibilidades de corrección también más gravosas para el interesado, llegándose a una *interpretatio in peius*, una interpretación de la ley *contra reo*, abriéndose una vía para una depuración más gravosa de las responsabilidades en que el interesado hubiere podido incurrir.

### **B) La imposibilidad de revisión de los procedimientos por falta leve: la desigualdad en la aplicación de la Ley Disciplinaria *versus* prohibición constitucional de la *reformatio in peius***

Otra de las novedades del nuevo texto legal es la supresión de la discutida institución de la revisión, por los mandos superiores, de las faltas (leves o graves) ya sancionadas por sus subordinados, dentro de los quince días posteriores a la notificación de la resolución sancionadora, contenida en el art. 37 de la derogada Ley Orgánica Disciplinaria 11/1991, de 17 de junio. Esta figura operaba en los supuestos en que la autoridad disciplinaria superior entendía que los hechos «pudieran ser constitutivos de una falta de mayor gravedad», bien abriendo un procedimiento disciplinario nuevo cuando tuviere competencia para ello, bien dando cuenta a la autoridad correspondiente. Esta posible *reformatio in peius*<sup>21</sup> ha sido eliminada del nuevo texto disciplinario, sin que el Preámbulo del mismo haga referencia alguna a las razones de dicha supresión, que algún autor ha radicado en su presunta inconstitucionalidad<sup>22</sup>.

---

tamina siempre la garantía del juez imparcial en el procedimiento sancionador, produciéndose además la diferencia fundamental respecto del proceso penal de que en éste la prueba se practica en presencia del órgano resolutor, que a la vista de la misma decide (circunstancia que, de seguirse nuestra posición se daría en el procedimiento por falta leve), mientras que en el procedimiento administrativo sancionador la prueba la practica el instructor, sancionando (o no) el órgano decisor sobre un expediente que por aquél le es elevado.

<sup>21</sup> A. N. Marchal Escalona (coordinador), *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 672: «Esta medida guardaba una clara relación con la proscripción existente en el ámbito administrativo de la *reformatio in peius*. Pese a lo cual, hay que señalar que tal precepto fue mantenido por la Jurisprudencia, aunque constriñendo la interpretación del plazo para incoar el nuevo procedimiento».

<sup>22</sup> Como L. Alarcón Sotomayor, *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 194-195, considera que se funda en su inconstitucionalidad: «Pues bien, esta sentencia [se refiere a la STS (V) de 13 de enero de 2005] como las otras citadas, afirma que: “como ha venido entendiendo esta Sala, la facultad atribuida a la Administración por el art. 37 de la Ley disciplinaria de la Guardia Civil afecta a la seguridad jurídica, puesto que su objeto es una resolución sancionadora que puede estar ejecutada e incluso ser administrativamente firme, y *no armoniza con el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos*”. Luego, más tímidamente, dice que ese art. 37 “*roza el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos*”. Pero tal afirmación sólo le sirve para justificar una interpretación estricta de los plazos a fin de no alargar la inseguridad. Lo que se discutía en el caso era el cumplimiento de los plazos y ello bastó para no entender legítima la segunda sanción. Pero hay base para pensar que la misma Sala entiende que el art. 37 de la antigua Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil es inconstitucional y quizá por ello se haya eliminado la facultad que consagra del articulado de la nueva Ley [Orgánica] 12/2007». Las cursivas aparecen en el original.

Desde una perspectiva estrictamente garantista resulta indudable de que se está en presencia de una saludable novedad, que evita la agravación de las consecuencias dañosas que el ilícito antidisciplinario ocasiona al infractor, afianzando el principio de seguridad jurídica y evitando la comisión de un más que plausible *bis in idem*<sup>23</sup> por parte de la Administración<sup>24</sup>. Pero al mismo tiempo se están suscitando posibles vulneraciones al principio de igualdad consagrado por el artículo 14 CE, dada la pluralidad de autoridades con competencia sancionadora en la estructura orgánica del Cuerpo y la directa conexión típica existente entre muchas de las diversas faltas leves, graves y muy graves consagradas por el catálogo de conductas antidisciplinarias contenido en los artículos 7, 8 y 9 LORDGC. La práctica está demostrando que esta pluralidad de autoridades disciplinarias están anudando a supuestos similares consecuencias disciplinarias distintas, no sólo en lo que hace a la dosimetría de las sanciones, sino también, y lo que resulta mucho más grave, en lo que respecta a la propia calificación jurídica de las conductas enjuiciadas<sup>25</sup>, lo que abre serias dudas sobre la efectividad del trato no discriminatorio frente a la actuación administrativa.

Esta situación, problemática respecto de la gran mayoría de faltas contenidas en el catálogo de infracciones dada la ductilidad de las mismas<sup>26</sup>, se agrava más en la nueva ley respecto la tradicional falta de abandono de servicio, que pasó de presentar un tipo atenuado (el del art. 7.5) y un tipo agravado (el del art. 8.8) en el antiguo régimen disciplinario a incorporar, además, un tipo muy grave en la nueva Ley Orgánica (art. 7.12 LORDGC), diferenciado respecto de los dos más livianos tradicionalmente reconocidos (en el art. 8.10 como falta grave y en el 9.2 como leve) por el elemento objetivo del tipo que exige que el servicio abandonado «por su naturaleza y circunstancias sea de especial relevancia». Qué servicios deban entenderse incluidos en este concepto jurídico indeterminado es cuestión que corresponde, bien al legislador (estableciendo un catálogo de los mismos), bien casuísticamente a la labor jurisprudencial

---

<sup>23</sup> Prohibido no sólo en lo que hace a una doble condena penal y administrativa, sino respecto a una duplicidad de sanciones dentro de un mismo orden, como destaca la STC 94/1986, de 8 de julio, F. J. 4º: «Dicho principio del *non bis in idem*, tal y como lo ha venido interpretando este Tribunal (Sentencias 2/1981, de 30 Ene.; 159/1985, de 27 Nov., y 23/1986, de 14 Feb.), impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimiento distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración».

<sup>24</sup> A pesar de que haya quien considere, perversamente en nuestra opinión, que no se produce tal puesto que la primera resolución sancionadora es anulada, y por ello no hay una doble enjuiciamiento sobre los mismo hechos, olvidando que la nulidad de pleno Derecho anula la resolución, pero no el procedimiento que da lugar a la misma, que subsiste y como tal queda archivado.

<sup>25</sup> Dada la relativa independencia, siempre sujeta al cumplimiento del principio constitucional de legalidad y de su variante de tipicidad, que en cuanto a la calificación jurídica de los hechos sometidos a su autoridad gozan los diversos mandos sancionadores.

<sup>26</sup> E incluso en algunas que no lo presentan, como la paradigmática falta grave de «ostentación o utilización de armas sin causa justificada, así como su uso en acto de servicio o fuera de él infringiendo los principios y normas que regulan su empleo», art. 8.23 LORDGC, calificada como falta grave dada la trascendencia que las consecuencias dañosas que el uso indebido de armas de fuego conlleva, y que muchas veces es corregida por los capitanes de compañía bajo la genérica falta leve de la «inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones» del artículo 9.3 LORDGC.

al ir conociendo de esta nueva falta, aunque frente al difícil deslinde entre la falta leve (art. 9.2: «La incomparecencia a prestar un servicio, la ausencia de él, la desatención o la colocación en la situación de no ser localizado para prestarlo») y la grave (art. 8.10: «No comparecer a prestar un servicio, ausentarse de él o desatenderlo») –¿cómo puede calificarse la «incomparecencia al servicio» como constitutiva de falta leve y de grave, si la conducta es exactamente la misma (no acudir a prestarlo), y los servicios suelen ser la mayor parte de las veces de una duración aproximada de ocho horas diarias y de una naturaleza muy similar?–, la falta muy grave viene perfectamente perfilada, considerando como típica toda ausencia, desatención o incomparecencia a un *servicio de especial relevancia*, con independencia de que a efectos dosimétricos no deba ser corregida de igual manera, por sólo poner un ejemplo, una incomparecencia a todo un servicio que un retraso mínimo en la incorporación al mismo, ni este último caso como el de una ausencia de varias horas.

*De facto*, la introducción de este tipo ha provocado la utilización de la falta leve del artículo 9.2 LORDGC por muchos mandos para corregir esas mínimas infracciones al servicio de especial relevancia que suponen los retrasos de escasa duración en la incorporación a los mismos o las desatenciones a éstos –las típicas *cabezadas* durante los servicios nocturnos de protección de acuartelamientos en la comunidad autónoma vasca y en Navarra–, con una mera reprensión o una mínima sanción de pérdida de haberes, mientras que otros, en una interpretación mucho más acorde con las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad, dan cuenta de estas mismas infracciones por la correspondiente falta muy grave, sometiendo a los expedientados al padecimiento de una sanción mínima de tres meses y un día de suspensión de empleo –puesto que la sanción de pérdida de puestos en el escalafón rarísima vez es propuesta o impuesta a un mero guardia civil, al no resultar su puesto en la escalilla relevante a efectos de posibles ascensos–. Llegándose al extremo, alegado en muchas ocasiones por los interesados ante el instructor del correspondiente expediente, de que en una misma Comandancia una conducta similar es corregida de manera distinta en función de la Compañía en la que el infractor esté destinado.

El trato desigual que la situación anteriormente descrita produce –alegado con escaso éxito en defensa de interesado, debido a la vigencia de la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la inexistencia de una «igualdad en la ilegalidad»<sup>27</sup>– era antes reparable en vía administrativa, y contra el mismo surtía efectos la revisión de las sanciones impuestas contemplada por el antiguo artículo 37 (y todavía prevista para la revisión de faltas leves por el artículo 63 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en adelante LORDFAS), que

---

<sup>27</sup> Por todas, la STC 21/1992, de 14 de febrero, FJ 4º: «Hemos dicho reiteradamente que el principio de igualdad ante la Ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la Ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido (últimamente, por ejemplo, ATC 297/1991)», o la STC 58/1989, de 16 de marzo, FJ 3º: «[...] como este Tribunal ha manifestado repetidamente, la igualdad ha de entenderse como igualdad en la legalidad; es decir, que la posible no aplicación de una ley (en este caso, de un precepto sancionador) a un tercero, no supone la ilegitimidad de su aplicación a aquellos que se sitúan en los supuestos de hecho contemplados en la norma en cuestión; independientemente, claro está, de la eventual existencia de una desviación de poder, apreciable por las instancias competentes».

permitía equiparar el trato material que recibían los expedientados en un determinado ámbito territorial, y permite plantear si, *lege ferenda*, y dada la inexistencia de un pronunciamiento de inconstitucionalidad sobre esta figura, en una futura reforma del régimen disciplinario debiera ser reintroducida para unificar, en la medida de lo posible, los criterios en el mantenimiento de la disciplina militar del Cuerpo.

### C) El conflicto entre la práctica de prueba a instancia de parte y la potestad sancionadora del mando que presencia los hechos

La LORDGC permite, como su antecesora, que todo mando que tenga potestad disciplinaria y presencie directamente hechos que atenten contra la disciplina pueda corregirlos por sí mismo y, si los considera merecedores de sanción, proceda a incoar procedimiento disciplinario si ostenta competencia para ello<sup>28</sup>. Sin embargo, la creación de un período probatorio a instancia de parte dentro del procedimiento por falta leve, en el cual podría solicitarse por el interesado la ratificación del testimonio de quien dice haber presenciado los hechos (que sería la propia autoridad que ha incoado el procedimiento), ha llevado a interpretar que, en estos supuestos, dicha autoridad debe abstenerse de continuar la tramitación del mismo y elevar el mismo al mando superior con competencias disciplinarias. Con ello, vuelve a anteponerse la aplicación de un precepto de un naturaleza procedimental sobre uno sustantivo, causándose un doble efecto: se hurta el legítimo ejercicio de una competencia legalmente atribuida, y se rompe con la jurisprudencia contenida, entre otras, en la STS (V) de 15 de marzo de 2004 (FJ 3º), sobre la validez de la observación directa de los hechos por el superior jerárquico como prueba de cargo suficiente para sancionar las faltas por él presenciadas<sup>29</sup>:

«Y en este punto debemos también recordar (Ss. de 15 de enero de 1992, 17 de abril de 1996, 14 de noviembre de 1996 y 12 de abril de 2000) que no existe incompatibilidad alguna para esa apreciación de la observación directa del Mando como prueba de cargo por la circunstancia de que el mismo Mando que los ha observado sancione los hechos en base a su propia percepción, porque la misma Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil establece, en su artículo 18, el deber de todo Mando de corregir las infracciones que observe en sus inferiores y, si las juzga merecedoras de sanción, lo hará por sí mismo si tiene potestad sancionadora o, en otro caso, dará parte inmediato a quien la tenga, de forma que la verificación de la exactitud de los hechos que exige el artículo 38 LRDGC, puede provenir de esa directa observación,

<sup>28</sup> La única diferencia entre el viejo artículo 18.1 LORDGC 1991 y el nuevo artículo 24.1 es que ahora se alude a «acordará el inicio del procedimiento sancionador que corresponda», dado que se instaura por la nueva ley un procedimiento escrito por falta leve inexistente en el anterior texto disciplinario.

<sup>29</sup> Que ya había sido confirmada por diversa jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo desde su Sentencia de 15 de enero de 1992, como por ejemplo la Sentencia de 17 de febrero de 2003, FJ 1º: «Esta Sala tiene reiteradamente declarado que la directa apreciación de los hechos por el Mando que más tarde impone la sanción puede ser prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia —por todas, la sentencia de esta Sala de 6 Feb. actual—, prueba que queda sometida, como es lógico, a la valoración que en exclusiva corresponde al Tribunal *a quo*».

que constituye prueba de cargo válida y suficiente a los efectos sancionadores disciplinarios».

La constitucionalidad de esta reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo hace incomprensible la pérdida de competencia para la corrección de las faltas leves que la interpretación dada al trámite de prueba por la posición mayoritaria supone, puesto que la condición de *juez y parte* que parece subyacer en el razonamiento que, en aras a garantizar los derechos del expedientado, lleva a trasladar la competencia del mando que naturalmente la ostenta («Todo mando tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los de inferior empleo [...] Si, además, las considera merecedoras de sanción [...] acordará el inicio del procedimiento sancionador que corresponda, si tuviere competencia para ello», art. 24.1 LORDGC) a otro de empleo superior, ya se daba en el anterior régimen disciplinario, sin que tacha de inconstitucionalidad alguna amenaza las sanciones de esta manera impuestas.

El principal problema que plantea la posición mayoritaria es que, llevada su interpretación a las últimas consecuencias, y aunque pudiera achacársenos que acudimos a supuestos de laboratorio, genera, además de un posible agravamiento en la respuesta afflictiva de la Administración castrense por los mismos motivos apuntados en la letra anterior, espacios de irresponsabilidad disciplinaria totalmente contrarios no sólo a la letra y al espíritu de la LORDGC, sino a la misma esencia del Estado de Derecho: ¿a quien dará cuenta el Director General del Cuerpo, última autoridad con competencia para la incoación de un expediente disciplinario, cuando presencie directamente alguna infracción cometida por cualquier guardia civil (sea ésta leve, grave o muy grave) y no existan otros testigos de la comisión de la misma? ¿Quedan impunes estas conductas mediante el truco de oponer alegaciones o prueba a la veracidad del relato de hechos que la autoridad sancionadora vierte en la orden de incoación y de los que ha sido testigo presencial, dado que no existe otra autoridad superior con competencia para la incoación de procedimientos disciplinarios, y por tanto, ante la cual el Director General del Cuerpo pudiera declarar como testigo?

#### **D) El exceso temporal en el plazo de tramitación del procedimiento: ¿caducidad del mismo o prescripción de la falta leve?**

Finalmente, y en relación con los plazos de instrucción de los procedimientos, el artículo 50.6 LORDGC exige que la tramitación del nuevo procedimiento escrito por falta leve sea completada «en el plazo de dos meses desde el acuerdo de inicio», sin aclarar los efectos que la ausencia de notificación de la resolución al expedientado dentro de este plazo produce. Es decir, si estamos en presencia de un supuesto de caducidad del procedimiento o de prescripción de la falta leve.

Por un lado, en el antiguo régimen disciplinario del Cuerpo, el procedimiento oral por falta leve no interrumpía la prescripción de la falta, pero no es menos cierto que tampoco existía la caducidad del procedimiento en los expedientes por falta grave ni en los gubernativos, que quedaban sujetos exclusivamente al plazo de prescripción fijado legalmente para la exigencia de responsabilidad de las faltas objeto de investigación en los mismos. Por otro lado, los efectos de la nueva caducidad del procedi-

miento inaugurada por el artículo 65.1 LORDGC quedan referidos, exclusivamente, a «la resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley», que es la resolución adoptada en los procedimientos por falta grave y muy grave. Por ello, y siguiendo el criterio expresado por parte de la doctrina<sup>30</sup>, y siguiendo la línea jurisprudencial asentada en sede militar sobre la inexistencia de caducidad en los procedimientos disciplinarios militares<sup>31</sup>, debería considerarse que la resolución de los procedimientos por falta leve queda sujeta a lo dispuesto por el artículo 21.3 LORDGC, que establece que la notificación de la orden de incoación al expedientado interrumpe la prescripción de la falta, levantándose la misma y comenzando de nuevo el cómputo del plazo de prescripción desde que no se concluya el procedimiento en el plazo estipulado de dos meses. Esta interpretación lleva, sin embargo, a la paradójica conclusión de que, mientras en los procedimientos por falta grave y muy grave, que conllevan una superior complejidad derivada del mayor número de trámites que en los mismos deben practicarse, el plazo para instruirlos y notificar la resolución al expedientado es de seis meses, en los procedimientos por falta leve el plazo de que se dispone para imponer la sanción al interesado es de ocho meses: los dos meses de tramitación legalmente estipulados –en los que la prescripción de la falta quedaría interrumpida– y, transcurridos los mismos y levantada dicha interrupción, los seis meses que para dicha prescripción asigna a las faltas leves el artículo 21.1 LORDGC.

Sin embargo, esta interpretación –admitida por algún Tribunal Militar Territorial– ha sido rebatida por la Sala V del Tribunal Supremo en su STS de 15 de noviembre de 2010 al conocer del recurso de casación interpuesto por un guardia civil contra la Sentencia del TMT II de 16 de octubre de 2009 que desestimaba su recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra un sanción por falta leve, en el que alegaba la caducidad del procedimiento. El alto Tribunal, realizando una «hermeneusis integradora de la nueva Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre», considera en el FJ 4º de la citada sentencia que esta interpretación sostenida por la doctrina y el TMT II sobre la inexistencia de caducidad en el procedimiento por falta leve, no es «[...] conforme a Derecho [...] por razones de coherencia de dicho texto legal [...] siguiendo, además, la doctrina que, al respecto de los expedientes disciplinarios referidos a jueces y magistrados, ha fijado la Sala Tercera de este Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de Pleno de 27 de febrero de 2006 [...]». Es decir que innova su tradicional línea jurisprudencial, todavía vigente en el ámbito del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, aceptando como propias las conclusiones fijadas por la Sala III del propio Tribunal. Y admitiendo que el texto legal contiene una laguna jurídica en lo que hace a la existencia o no de caducidad en los procedimientos por falta leve, procede a llenar la misma aplicando analógicamente la interpretación dada por la Sala III al artículo 425.6 LOPJ, sosteniendo que la fijación de un plazo máximo para resolver el procedimiento «puede considerarse una implícita invocación del instituto de la caducidad<sup>32</sup>», y en una «[...] interpretación congruente del conjunto

---

<sup>30</sup> A. N. Marchal Escalona (coord.), op. cit., pág. 626, considera que «el legislador, consciente de la dificultad de concluir cualquier procedimiento en un plazo tan exiguo como el bimestral, no establece para estas infracciones el efecto de la caducidad, que sí incorpora como una garantía adicional en los procedimientos pensados para la punición de las faltas más graves».

<sup>31</sup> STS del Pleno de la Sala V, de 14 de febrero de 2001.

<sup>32</sup> Esta cita la toma la Sala V de la STS (III) anteriormente anotada.

de aquella Ley Orgánica», pues si la Ley admite la caducidad en los procedimientos por falta grave y muy grave, «ninguna razón permite sostener, sin desajustar el canon de lógica interna que, sin duda inspira la norma, que esa garantía del procedimiento en que el instituto de la caducidad consiste –en cuanto que impide que el expediente sancionador pueda estar pendiente de resolución indefinida o ilimitadamente– no deba operar en el régimen disciplinario del Instituto Armado únicamente en relación con los procedimientos sancionadores por falta leve, a pesar de que sí lo hace en el resto».

### III. EL PROCEDIMIENTO POR FALTA GRAVE Y MUY GRAVE

#### A) La instrucción del expediente

La figura del instructor plantea también problemas en la instrucción de los procedimientos por falta grave y muy grave, originados por la innovadora redacción dada al artículo 52.2 LORDGC<sup>33</sup>, que permite la asignación de la instrucción a «un Oficial General u Oficial destinado en la Guardia civil de empleo superior o más antiguo que cualquiera de los infractores», excluyendo la preferencia que el único cuerpo militar especializado en Derecho (el Cuerpo Jurídico Militar)<sup>34</sup> venía disfrutando en la instrucción de los expedientes disciplinarios<sup>35</sup>.

Esta novedad extraña aún más si se toma en consideración el marcado carácter garantista que el nuevo texto disciplinario otorga al procedimiento, el cual debe encontrarse imbuido, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional, y dada su naturaleza sancionadora, por los principios que informan el proceso penal<sup>36</sup>, sin perjuicio de que pueda oponerse que no es uno de estos principios el que

---

<sup>33</sup> Sobre la que hubo discrepancias entre los distintos grupos parlamentarios, apoyando el texto presentado por el Gobierno para el artículo 52.2 (que introducía esta deficiente redacción) los grupos parlamentarios vasco y de Izquierda Unida, y mostrándose en contra, con un sentido mucho más racional de lo que debe ser la instrucción técnica de un procedimiento que puede llegar a conllevar la separación del servicio del interesado, el Grupo Parlamentario Popular, que planteó el siguiente texto alternativo: «El nombramiento de instructor recaerá en un Oficial General u Oficial destinado en la Guardia Civil de empleo superior o más antiguo que cualquiera de los presuntos infractores, y que en todo caso pertenezca al Cuerpo Jurídico Militar o jurídico de las escalas facultativas de la Guardia Civil [...]».

<sup>34</sup> Cuyos miembros son los únicos militares de las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil que necesariamente deben poseer una licenciatura en leyes para ingresar en su Cuerpo, amén de superar una oposición de Grupo A sobre un temario de Derecho para desempeñar las funciones propias de su empleo, y los únicos juristas con una formación específica en esa *rara avis* que es el Derecho Militar, asignatura excluida de los planes de estudio de las Facultades de Derecho de toda España y sobre la que no se tiene constancia de que existan másteres o estudios de postgrado tendentes a lograr algún grado de especialización en la materia.

<sup>35</sup> Artículo 40.2 LORDGC 1991: «El nombramiento de Instructor recaerá en un Oficial del Cuerpo Jurídico Militar o en un General, Jefe u Oficial de la Guardia Civil de empleo superior o más antiguo que cualquiera de los infractores [...]».

<sup>36</sup> Por todas, la STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 10º *in fine*: «No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia, en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder

investigue los ilícitos un juez o realice una acusación un fiscal. Efectivamente, no es la llamada «garantía técnica»<sup>37</sup> jurisdiccional uno de estos principios —a pesar de las críticas expresadas en este punto por algún sector doctrinal<sup>38</sup>—, pero cae por su propio peso que la investigación de un hecho jurídicamente ilícito por parte de la Administración debería realizarla, en la medida en que disponga de personal con conocimientos técnico-jurídicos y, a ser posible, acreditados mediante la oportuna oposición, por éste y no otro cuerpo funcionarial.

Este alejamiento de los técnicos en Derecho militares de las labores instructoras resulta todavía más inexplicable cuando la propia LORDGC exige ostentar una «formación adecuada»<sup>39</sup>... al secretario del expediente (art. 52.2 LORDGC *in fine*), órgano éste que es considerado por parte de la doctrina y por algunos textos legales<sup>40</sup>, en principio, como disponible con carácter general para la tramitación de los procedimientos sancionadores<sup>41</sup>, a la luz de lo dispuesto por artículo 13.1 c) del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (en adelante, RDPS).

Y aunque el ejemplo que utilizemos a continuación para mostrar la perversidad e inadecuación de esta disposición legal pueda definirse como un *supuesto de laboratorio*, esta exclusión expresa de los Auditores militares como instructores subvierte, inconscientemente, uno de los principios fundamentales que deben informar cualquier sistema jurídico que se precie de dicho nombre en un Estado de Derecho: el de que nadie se encuentra por encima de la ley. Porque, si como declara el artículo 2.1 LORDGC, todos los guardias civiles en situación administrativa que mantengan sus derechos y deberes como tales están sujetos a la aplicación del régimen disciplinario, y necesariamente el instructor del expediente ha de ser un oficial de mayor empleo o, en caso de ostentar el mismo empleo, de mayor antigüedad entre los destinados en el Cuerpo, es evidente que el Teniente General más antiguo (en la actualidad el Director Adjunto Operativo<sup>42</sup>) queda exento de responsabilidad disciplinaria alguna, puesto

---

a los principios que dentro del ámbito penal determinen el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión».

<sup>37</sup> A la que hace referencia F. J. Cabrales Arteaga, *La figura del instructor disciplinario* (inédito), págs. 43-44, citando a L. Prieto Castro, *Derecho de Tribunales*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 97.

<sup>38</sup> Posición que es abiertamente defendida en la doctrina científica por M. Gómez Tomillo e I. Sanz Rubiales, op. cit., pág. 752: «Desde esta perspectiva, el instructor se configura como un órgano auxiliar, cuya finalidad es preparar las resoluciones definitivas. Por esa misma razón, el órgano instructor debería ser siempre un técnico (sin perjuicio de que también lo sea el órgano sancionador)».

<sup>39</sup> Sin que la misma suponga necesariamente la condición de perito en leyes, como apunta acertadamente F. J. Cabrales Arteaga, op. cit., pág. 69, respecto de los oficiales de las armas designados como instructores para los procedimientos por falta grave en la LORDFAS y en la antigua LORDGC 1991.

<sup>40</sup> Como ejemplo el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios civiles de la Administración (Real Decreto 33/1986, de 10 de enero) en su artículo 30 párrafo 2º considera potestativo el nombramiento de Secretario en los expedientes disciplinarios incoados al personal sometido a su ámbito de aplicación («Cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar así lo exija, se procederá al nombramiento de Secretario, que en todo caso deberá tener la condición de funcionario»).

<sup>41</sup> Salvo que la complejidad del asunto exigiere su existencia, como apuntan M. Gómez Tomillo e I. Sanz Rubiales, op. cit., pág. 753.

<sup>42</sup> Y no sólo a él, puesto que cuando éste presenciara una infracción en el segundo Teniente General más antiguo se reproduciría el mismo problema, al estar contaminado para instruir el procedimiento, por ser el dador del parte al Director General del Cuerpo.

que podría recusar a cualquier instructor que el Director General de la Policía y de la Guardia Civil designase para instruirle el correspondiente expediente, por incumplir el citado requisito de la mayor antigüedad. Lo que lleva a crear una situación de impunidad disciplinaria del guardia civil más caracterizado que queda ubicado, a estos efectos, *por encima de la ley*.

Esta circunstancia no se daba con el anterior texto disciplinario (ni se da actualmente en el de las Fuerzas Armadas) al encomendarse la instrucción a un funcionario especializado en Derecho (el oficial auditor), quien queda eximido por su específica preparación técnica del cuestionado requisito, y garantiza el completo sometimiento de todos los miembros del Cuerpo a las exigencias de la disciplina y al cumplimiento del Derecho.

## **B) Los plazos de instrucción de los procedimientos. Prescripción y Caducidad. El caso de las faltas muy graves: en busca del tiempo perdido**

Otra de las novedades que introduce el nuevo texto disciplinario es la unificación de plazos de tramitación<sup>43</sup>, que no de los trámites mismos, de los procedimientos por falta grave y muy grave, situando en seis meses el plazo máximo de que dispone la autoridad para notificar al interesado la resolución adoptada<sup>44</sup>, disponiendo la caducidad del procedimiento en caso de excederse aquél (art. 65.1 LORDGC). Si seis meses parece un plazo razonable para instruir y resolver un procedimiento por falta grave, no parece resultar tan adecuado dicho plazo para la depuración de la responsabilidad en el caso de las faltas muy graves, en las que el expediente debe ir, la mayor parte de las veces, a consulta del Consejo Superior del Cuerpo una vez confeccionada la propuesta de resolución por el instructor<sup>45</sup>, y en el caso de conductas de extrema gravedad que precisen la separación del servicio del interesado, ser informado favorablemente por el Director General de la Policía y de la Guardia Civil, para luego ser propuesta esta sanción máxima (si la estima adecuada) por el Ministro de Interior y, finalmente, ser resuelto el expediente por la Ministra de Defensa. Conseguir en estas circunstancias la notificación de la resolución al interesado dentro del plazo legalmente previsto y evitar la caducidad del procedimiento supone una diligencia y entrega profesional, tanto del instructor como del secretario del procedimiento, que exceden con mucho de la considerada como propia de «un buen padre de familia», circunstancia ésta apuntada por parte de la doctrina:

«Que lo procedimientos perezcan automáticamente transcurrido un determinado plazo es algo que parece de sentido común y que, probablemente, todos aceptarían de buen grado si no fuera por dos circunstancias distorsionantes: primera, el infantil voluntarismo de la clase política a la hora de establecer

---

<sup>43</sup> Que la LORDGC 1991 estipulaba en su artículo 43.1 en un plazo de tres meses para las faltas graves y en su artículo 53.1 de seis meses para los expedientes gubernativos.

<sup>44</sup> Que en el proyecto de LORDGC se fijaba, con mucho mayor acierto, en doce meses para las faltas muy graves.

<sup>45</sup> Solamente están excepcionados de este trámite, *ex* artículo 64.3 LORDGC, los procedimientos derivados de una sentencia penal condenatoria por delito.

los plazos de tramitación y resolución de los procedimientos, que en muchos casos son ridículos incluso suponiendo un ritmo de actuación más propio de la empresa privada (aunque en otros se han fijado, en contraste, con una excesiva generosidad *pro domo sua*); y segunda, el sistemático déficit de efectivos e incentivos económicos que aqueja a los servicios de tramitación de este tipo de procedimientos, servicios con un nivel de trabajo muy exigente y de los que los empleados públicos huyen como de la peste<sup>46</sup>».

La caducidad del procedimiento<sup>47</sup> se configura, por tanto, como una novedad en materia disciplinaria militar –influencia directa del cambio jurisprudencial operado a principios de este siglo en lo que a la eficacia de la caducidad en materia disciplinaria se refiere<sup>48</sup>–, una garantía del expedientado que parece asentarse sobre los

<sup>46</sup> J. A. Santamaría Pastor: «Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP)», *Revista de Administración Pública*, nº 168, septiembre-diciembre 2005, pág. 14.

<sup>47</sup> Según la doctrina científica institución incorrectamente denominada, pues el procedimiento no estaría afectado de caducidad, sino de perención. Al respecto, J. A. Santamaría Pastor, *ibidem*; y J. González Pérez y F. Navarro, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cuarta edición, vol. II, Civitas, Madrid, 2007, págs. 2302-2303; L. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo...*, op. cit., págs. 75. M. Gómez Tomillo e I. Sanz Rubiales, op. cit., pág. 770 y ss., habla indistintamente de «caducidad o perención», de igual manera que lo hace L. A. de Diego Díez, op. cit., pág. 203.

<sup>48</sup> De la que es muestra la contestadísima STS (III) de 27 de febrero de 2006 (FJ 6°): «Y si de los procedimientos sancionadores en general pasamos al ámbito de los disciplinarios referidos al personal al servicio de la Administración, la idea de que el instituto de la caducidad es también aplicable a estos últimos no choca ya con la disposición adicional octava de la Ley 30/1992, pues desde su modificación por la Ley 23/1993 esa disposición no solo no impide sino que claramente propicia, por vía de aplicación supletoria de la Ley 30/1992 y salvo disposición específica en otro sentido, que también en esos procedimientos disciplinarios opere la caducidad. A lo anterior no se opone lo dispuesto en el artículo 127.3 de la Ley 30/1992. Este artículo establece que los preceptos comprendidos en el título IX de esa Ley no son de aplicación a los procedimientos en los que la Administración ejerza potestades disciplinarias respecto del personal a su servicio o personas vinculadas a ella por una relación contractual; y, en congruencia con esa previsión del artículo 127.3, la disposición adicional octava de la Ley 30/1992 –redacción dada por la Ley 23/1993– no incluye ese título IX en el enunciado de títulos de la propia Ley 30/1992 que pueden operar como norma supletoria en los procedimientos donde la Administración ejercite potestades disciplinarias. Ahora bien, una vez puesta de manifiesto la adecuada concordancia que existe entre el artículo 127.3 y la disposición adicional octava de la Ley 30/1992, lo que interesa aquí destacar es que el mencionado artículo 127.3 únicamente excluye que se apliquen al ámbito disciplinario “las disposiciones de este Título”, es decir, las comprendidas en el título IX de la Ley 30/1992 bajo la rúbrica “de la potestad sancionadora” (artículos 127 a 138). Por tanto, el artículo 127.3 no impide que puedan operar en el ámbito disciplinario, al menos con el carácter de norma supletoria, los preceptos que aquí estamos examinando relativos a la caducidad en el procedimiento sancionador (artículos 44.2, 92, 42.5 y concordantes de la Ley 30/1992), pues no forman parte del título IX ni están afectados, por tanto, por aquel mandato excluyente del artículo 127.3». El voto particular a esta sentencia discrepaba, a nuestro juicio acertadamente, de la interpretación realizada en torno a la aplicación supletoria de la caducidad en los procedimientos disciplinarios (FJ 5°): «En todo caso, la reforma de 1993 respecto de la disposición adicional octava de la Ley 30/1992 no determina la aplicación a los procedimientos disciplinarios de cualquier norma de esta ley (y por supuesto no de las correspondientes a los procedimientos sancionadores) sino exclusivamente la supletoriedad de aquella en defecto de legislación específica relativa a los disciplinarios. Si estos últimos cuentan con su propio desarrollo normativo, simplemente queda excluida la aplicación a ellos de los preceptos de la Ley 30/1992 y, por consiguiente, también de su artículo 44.2. Los desarrollos normativos singulares en materia disciplinaria podrán, pues, atenderse o no a las normas generales de la Ley 30/1992 y, entre ellas, a las que regulan la caducidad de los procedimientos sancionadores comunes. Lo harán si los titulares de la potestad normativa correspondiente

principios constitucionales de seguridad jurídica consagrado por el artículo 9.3 CE y de eficacia de las Administraciones públicas contenido por el artículo 103.1 CE<sup>49</sup>, y no en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, como ha declarado rotundamente el Tribunal Supremo<sup>50</sup>, cuestionando parte de la doctrina el efectivo servicio que esta institución presta a los valores apuntados al admitirse la reapertura de nuevos procedimientos mientras las faltas imputadas al interesado no hayan prescrito:

«[...] la caducidad o perención del procedimiento sancionador no sirve de ninguna forma para que el imputado no sufra con un procedimiento con dilaciones indebidas. Al contrario, sirve para que las sufra más intensamente. Porque, por ejemplo, si el plazo máximo de tramitación del procedimiento está fijado en un año, lo que ahora se admite es que, si iba a dictarse resolución a los trece meses, en vez de eso al terminar el año se declare la caducidad pero se inicie un nuevo procedimiento con el mismo objeto que podrá prolongar la situación otros doce meses más. Y, tal vez, cuando acabe este segundo año, si tampoco se ha conseguido culminar el procedimiento en plazo, cabrá un tercer intento. Así, hasta que se logre dictar y notificar la resolución en plazo o prescriba la infracción. Tal vez, podrá argumentarse con algún cinismo que se consigue garantizar al ciudadano el derecho a que ningún procedimiento sancionador tenga dilaciones indebidas, puesto que cada uno de ellos no durará más de lo previsto legalmente. Pero el resultado final es el que materialmente más lejos está de asegurar el valor que late en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas porque, en su conjunto, sufrirá durante mucho más tiempo los procedimientos que si esta caducidad no existiera y, además, hasta sufrirá varias veces las cargas propias de los mismos trámites.

Desde luego, así configurada, la institución está lejos de ayudar a la seguridad jurídica o a la eficacia de la Administración. Pero, sobre todo y es lo que aquí nos interesa, está lejos de garantizar un procedimiento sin dilaciones indebidas<sup>51</sup>».

Sea como fuere, la caducidad debe entenderse producida –tras la rectificación jurisprudencial de principios de los años 90 del siglo pasado, plasmada en la reforma

---

consideran oportuno acoger aquellas normas, que no les son vinculantes. De hecho, las soluciones a que en cada caso se ha llegado son diferentes: así, por ejemplo, el artículo 69 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al modificar el anexo 1 de la disposición adicional vigésima novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispuso que los procedimientos disciplinarios de los funcionarios de la Administración General del Estado, regidos por el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (Real Decreto 33/1986, de 10 de enero), tendrán un plazo para su resolución y notificación de doce meses».

<sup>49</sup> J. A. Santamaría Pastor, *op. cit.*, págs. 15-16, aunque el autor citado considera que en realidad se asienta en el valor de protección del ciudadano frente a la perturbación innecesaria de la actuación de la Administración, dado que los dos principios anteriormente esbozados son contradictorios. En la seguridad y eficacia lo fundamenta A. Bueno Armijo en M. Rebollo Puig *et altera*, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 802, y sólo en la seguridad del afectado M. Gómez Tomillo e I. Sanz Rubiales, *op. cit.*, pág. 771.

<sup>50</sup> STS (III) de 25 de noviembre de 2002 (FJ 3°).

<sup>51</sup> L. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, págs. 75-76.

de 1999 de la LPAC— por el mero transcurso del tiempo<sup>52</sup>, sin intimación alguna del interesado a la Administración<sup>53</sup>.

Problemas relacionados con el cómputo del plazo de caducidad plantea la deficiente redacción del artículo 65.2 LORDGC, ubicado en sede común de faltas graves y muy graves, que regula las causas de suspensión del plazo de instrucción. En primer lugar, se otorga la competencia para suspender los plazos de instrucción del procedimiento exclusivamente al Director General del Cuerpo, lo que plantea la duda de si no procede dicha suspensión cuando la autoridad que incoe el expediente por falta grave sea cualquiera de las reconocidas por el artículo 29 LORDGC con competencia para ello (desde el Director Adjunto Operativo a los respectivos Generales Jefe de Zona, de la Agrupación de Tráfico o de las Unidades de Acción Rural), o si deben elevar el expediente en consulta de suspensión al Director General del Cuerpo. Parece que estamos ante un más que posible olvido del legislador, que se une a la no mención dentro del listado de circunstancias que justifican la suspensión del plazo de tramitación del procedimiento de la causa más típica y habitual: la existencia de diligencias judiciales abiertas sobre los mismos hechos protagonizados por el guardia civil expedientado.<sup>54</sup> Curiosa omisión cuando por expresa disposición del artículo 4 LORDGC se obliga al instructor y a la autoridad sancionadora a esperar y respetar el contenido de la declaración de hechos probados de la sentencia firme que resuelva el procedimiento judicial que se pudiera estar instruyendo simultáneamente al expedientado por los mismos hechos, circunstancia que, en cambio, sí se reconoce por el artículo 21.4 LORDGC como causa de interrupción de la prescripción de las faltas graves y muy graves.

Igualmente resulta conflictiva la preceptiva audiencia del Consejo Superior de la Guardia Civil en los expedientes por falta muy grave que no traigan causa de una condena penal por sentencia firme (art. 64.2): ¿puede considerarse un supuesto de suspensión del plazo de instrucción del procedimiento de los previstos por el artículo 65.2 c), es decir, de solicitud de «informes preceptivos o que sean determinantes del contenido de la resolución»? Debe apuntarse, en primer lugar, que la relajación que la LORDGC ha introducido en los requisitos exigidos para acordar esta suspensión respecto del régimen general instaurado por el artículo 42.5 c) LPAC —que exige que estos informes sean «preceptivos y determinantes del contenido de la resolución<sup>55</sup>—,

---

<sup>52</sup> A pesar de existir algunos pronunciamientos jurisprudenciales que exigen, además, una inactividad por parte de la Administración de la que se deduzca «la voluntad real y objetiva de abandonar el procedimiento» (SSTJ Cantabria de 18 de julio de 2000, o de las Islas Baleares de 29 de mayo de 2007), como señala A. Bueno Armijo en M. Rebollo Puig *et altera*, op. cit., págs. 800-801.

<sup>53</sup> J. A. Santamaría Pastor, op. cit., págs. 26-27.

<sup>54</sup> Que el artículo 7.2 RDPS recoge como causa de suspensión del plazo de tramitación del procedimiento por acuerdo del órgano competente para resolver, lo que enlaza con nuestra reflexión anterior sobre la competencia de todo órgano que incoa un procedimiento para resolver por sí mismo la suspensión de la caducidad del mismo.

<sup>55</sup> STS (III) de 14 de abril de 2003, FJ 8º: «Además, el hecho de que los dos informes hayan de emitirse una vez finalizada la instrucción y redactadas las correspondientes propuestas de resolución de las solicitudes corrobora la conclusión de que se trata con ellos de ofrecer al órgano finalmente decisor, no ya al que instruye, una opinión cualificada que el Reglamento considera insustituible (de ahí su carácter preceptivo) y, aun no siendo vinculante, de tal relevancia que bien puede calificarse como determinante del contenido de la resolución misma, en el sentido —ciertamente, no exento de ambigüedad— que a este término da el artículo 42, apartado 5, letra c), de la Ley 30/1992, antes citada. Sobre los rasgos de esta nueva categoría de infor-

no resulta baladí, puesto que como sostiene parte de la doctrina<sup>56</sup>, al no exigirse que el informe determinante sea, además, preceptivo, se abre la posibilidad de que la Administración pudiera libremente solicitar informes con intención de dilatar el procedimiento<sup>57</sup>. Ahora bien, ¿pueden ser considerados como tales aquéllos que están expresamente prevista su evacuación por el propio texto disciplinario –como lo es la «audiencia» al Consejo Superior de la Guardia Civil *ex* artículo 64.2 LORDGC– o, por el contrario, al tratarse de un trámite más previsto por el propio procedimiento deben considerarse como insusceptibles de dar lugar a la cuestionada suspensión del plazo de tramitación? Y en el caso de que esta audiencia se considere como causa justa de suspensión del plazo: ¿cuál es el *dies a quo* y el *dies ad quem* del mismo?

La solución insinuada –puesto que elude formular el necesario razonamiento jurídico que aclare el funcionamiento de esta nueva institución en el ámbito disciplinario militar, dadas las divergencias existentes entre el régimen de caducidad instaurado por la LPAC y el previsto por la LORDGC– por la Sala V del Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 14 de julio de 2010, apunta a la admisión de este trámite como uno de los supuestos amparados por el artículo 65.2 LORDGC, pero limita sus efectos frente a la doctrina firme de la Sala III del Tribunal Supremo<sup>58</sup> al momento en que el Director General del Cuerpo acuerda la suspensión de este plazo (*dies a quo*), determinando que la suspensión expira con el acuerdo del Instructor que formalice la recepción del expediente una vez evacuado el trámite consultivo, con lo cual reduce todavía más las posibilidades de conseguir una notificación en tiempo de una posible resolución sancionadora.

Un último problema acecha una vez caducado el procedimiento, y no es otro que la posibilidad (o no) de la reapertura de la causa incoando un nuevo expediente al no haber transcurrido el plazo de prescripción de la falta cometida, y en caso afirmativo, en qué condiciones. La STS (III) de 12 de junio de 2003, dictada en un recurso de casación en interés de la ley, declaró que la caducidad y archivo de las actuaciones no impide el ejercicio de las acciones punitivas de la Administración en tanto en cuanto no hubiere prescrito la falta co-

---

mes (preceptivos y no vinculantes, pero sí determinantes del contenido de la resolución) a los que se refiere el citado artículo 42 no es fácil hacer consideraciones en abstracto y resulta preferible acometer, caso por caso, el análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto. En términos generales, enfrentado el Consejo de Estado con una consulta que le dirigió el Gobierno precisamente en torno a esta nueva categoría de informes, consideró (Dictamen de 8 de julio de 1999) que por tales había que entender “los que fijan o permiten fijar su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo determinar contenida en el Diccionario de la Lengua Española”. En igual sentido la STS (III) de 12 de mayo de 2003, FJ 2°.

<sup>56</sup> J. A. Santamaría Pastor, *op. cit.*, págs. 38-39, nota 34.

<sup>57</sup> Siendo jurisprudencia dictada en unificación de doctrina [STS (III) de 4 de mayo de 2010, FJ 4°] que para suspender el procedimiento por esta causa no basta con que el informe sea preceptivo, sino también determinante: «[...] la ratificación de los agentes en su denuncia, e incluso el informe que pudieran acompañar a esa ratificación, podrá considerarse preceptiva, en la acepción de obligada, si el denunciado negó los hechos, pero no «determinante del contenido de la resolución», pues el sentido de ésta en un procedimiento sancionador sólo puede ser el que resulte del conjunto de pruebas de cargo y de descargo valorado en el modo en que exigen los principios rectores de tal procedimiento, entre ellos los de presunción de inocencia e in dubio pro reo».

<sup>58</sup> Que sostiene que el plazo suspensivo comienza con la notificación al interesado por el Instructor del acuerdo de petición del informe y termina con la recepción del informe o, en caso de que este no se haya recibido antes, con el transcurso del plazo máximo de suspensión de tres meses fijado legalmente (por todas, STS III de 8 de julio de 2010, FJ 2°).

metida por el interesado<sup>59</sup>, jurisprudencia sobre la cual parte de la doctrina se ha mostrado ciertamente crítica<sup>60</sup>, no sin ausencia de razones, algunas de ellas incluso defendidas por el propio Tribunal Supremo antes de consolidar esta línea de interpretación<sup>61</sup>:

«Si tenemos en cuenta la profunda asimetría que se da en nuestro ordenamiento entre los plazos de prescripción de las infracciones (normalmente, de una duración a todas luces excesivas: salvo en las infracciones leves de varios años) y los de caducidad de los respectivos procedimientos (mucho más breves: por regla general, seis meses), bien poca utilidad tiene, en la práctica, que la caducidad de los procedimientos no interrumpa tal prescripción (la cual raramente se habrá consumado en el momento en que caduque el primer expediente sancionador). De esta forma, se invita indirectamente a la Administración a reabrir un nuevo expediente, prolongando la “pena de banquillo” del imputado (o más expedientes sucesivos, por el procedimiento de dejar caducar varios de ellos; lo que sería perfectamente posible en el caso de una infracción cuyo plazo de prescripción sea de varios años), y se priva a la caducidad de su principal efecto: de nada sirve declarar caduco un procedimiento si, acto seguido, la Administración puede reiniciarlo con mínimo esfuerzo<sup>62</sup>».

Una segunda cuestión que despierta esta posibilidad de reabrir nuevos expedientes una vez hubieren caducado los anteriores, es la de la posibilidad de utilizar en el nuevo procedimiento todos o alguno de los materiales probatorios ya aportados en el anterior –práctica que se está utilizando actualmente en vía administrativa, desglosándose todas las diligencias probatorias existentes en el expediente caducado y ordenándole al nuevo instructor que, tras dar audiencia del contenido del «nuevo expediente» al interesado, proceda a confeccionar el pliego de cargos–. Contra esta forma de actuación, validada parcialmente por la Sala III del Tribunal Supremo<sup>63</sup>,

<sup>59</sup> Pese a que exista normativa sectorial que excluya dicha posibilidad y declare que la caducidad impide la reapertura de un nuevo procedimiento, como el artículo 211.4.2.º de la Ley General de Tráfico, como apunta A. Bueno Armijo en M. Rebollo Puig *et altera*, op. cit., pág. 818.

<sup>60</sup> Apoyando, en cambio, la solución aportada por la jurisprudencia, otros autores, como M. Gómez Tomillo e I. Sanz Rubiales, op. cit., pág. 777: «Esta doctrina legal es algo, por otra parte, evidente, porque caducidad y prescripción son instituciones diferentes».

<sup>61</sup> En la STS (III) de 7 de julio de 2000, en la que cuestionó el ataque a la seguridad jurídica que suponía esta táctica de reapertura de nuevos procedimientos sobre el mismo hecho una vez iban caducando, que podría constituir un abuso de derecho por parte de la Administración, que reiteró la STS (III) de 30 de mayo de 2002, FJ 3º: «[...] reiniciar varias veces un procedimiento tras sucesivas declaraciones de caducidad, al provocar una situación de inseguridad jurídica del administrado, puede dar lugar a que se aprecie la existencia de un abuso de derecho por parte de la Administración».

<sup>62</sup> J. A. Santamaría Pastor, op. cit., pág. 53.

<sup>63</sup> Como ejemplo, la STS de 22 de octubre de 2001, FJ 3º: «Resulta, por lo demás, evidente que el acuerdo de reiniciar el expediente puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia (artículo 69 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común y artículo 55.1 del Reglamento del Consejo Regulador de la Denominación de origen calificada Rioja) determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido el mandato legal citado. Por otra parte, la caducidad del expediente no determina la falta de efectos de los actos que tienen valor independiente, como son las actas e informe y documentos en los que se funda el acuerdo de inicio, respecto del cual se produjeron con anterioridad. Su incorporación al nuevo expediente determina que dichos documentos queden sujetos al régimen y efectos ligados a éste, sin perjuicio de la caducidad del anterior procedimiento y de su falta de efectos en éste».

ha reaccionado un sector de la doctrina –a pesar de reconocer que esta costumbre ha tenido ya plasmación legal en el texto del artículo 104.5, párrafo 3º de la Ley General Tributaria<sup>64</sup>– que considera que las exigencias del rigor preciso en todo procedimiento administrativo precisa la realización *ex novo* de todos los trámites del procedimiento (sin perjuicio del derecho del interesado a solicitar el desglose de cualesquiera documentos contenidos en el expediente caducado para su anexión al nuevo) y considerarla muestra de «un estilo inequívocamente vengativo<sup>65</sup>».

La Sala V del Tribunal Supremo ha entrado a esclarecer algunas de las dudas que la caducidad del procedimiento por falta grave o muy grave plantean, en la ya citada STS (V) de 15 de noviembre de 2010, determinando la posibilidad de reabrir, una vez caducado el procedimiento, tantos nuevos expedientes como permita el plazo de prescripción de la falta<sup>66</sup>, como aclarando que actuaciones del procedimiento primigenio tienen validez en los expedientes posteriores<sup>67</sup>, siguiendo en todo caso la línea jurisprudencial asentada en la Sala III del alto Tribunal.

### C) La conformidad con el pliego de cargos

El nuevo instituto de la conformidad del interesado con el pliego de cargos no encuentra parangón en el resto de procedimientos disciplinarios o sancionadores de

<sup>64</sup> J. A. Santamaría Pastor, op. cit., pág. 48.

<sup>65</sup> Sin embargo, F. González Navarro, «La llamada caducidad del procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública* núm. 45 (1964), pág. 221, reaccionaba contra la teoría dominante en la doctrina procesalista de la época (Manresa, Guasp) que consideraba nulas todas las actuaciones del procedimiento primigenio, siguiendo la línea marcada por el Código de Derecho Canónico (*ex cánones 1642 y 1738*) de considerar válidos y aprovechables en posteriores procedimientos, con fundamento en los principios de «economía, celeridad y eficacia» del artículo 29 y de conservación del acto administrativo del artículo 50 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1954.

<sup>66</sup> FJ 6º: «E, igualmente hemos de concluir que la declaración de caducidad del procedimiento sancionador de que se trate –ya sea el previsto para las faltas leves o para las graves o muy graves- no implica, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 92.3 de la Ley 30/1992, la prescripción ni impide el ulterior ejercicio del ius puniendi haciendo valer en un nuevo o posterior procedimiento –en los términos y con las condiciones que, como a continuación veremos, reiteradamente ha señalado la Sala Tercera- los actos realizados en el procedimiento caducado».

<sup>67</sup> FJ 6º: «[...] Ahora bien, al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta: a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado [...] b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran incorporado [...] c) que no cabe, en cambio, que el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero [...] d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por el resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad sanciona el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste». La Sala V cita en este Fundamento de Derecho a la Sala III en su Sentencia de 24 de febrero de 2004, FJ 8º.

la Administración del Estado<sup>68</sup>, siendo la figura regulada por el artículo 8 RDPS –que lleva por rúbrica «Reconocimiento de responsabilidad o pago voluntario<sup>69</sup>»– la más semejante a esta innovación de la LORDGC, lo que lleva a plantear la posible conexión entre esta conformidad administrativa y su homóloga procesal-penal.

El precedente de la conformidad en el ámbito penal militar lo encuentra la doctrina<sup>70</sup> en la confesión con cargos, desaparecida por la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Militar, de 29 de julio de 1886 (arts. 283 y 284) –treinta años después de su derogación en la jurisdicción ordinaria por el RD de 26 de mayo de 1854–, por «inútil, repugnante (se admitía la tortura para llegar a ella) y contraria a los principios del Derecho<sup>71</sup>».

El Tribunal Supremo aportó una definición de lo que debe entenderse por conformidad en la STS (II) de 21 de noviembre de 1988 (FJ 1º): «[...] acto unilateral de disposición respecto a la pretensión penal ejercitada por la acusación, mediante el cual se produce un verdadero allanamiento a la pena solicitada o a la más grave, si fueran varias las acusaciones, dentro de los límites fijados en la ley, que determina la finalización del procedimiento a través de una sentencia que ha de dictarse conforme a los términos fijados por la acusación». La naturaleza de la conformidad parece apuntar en alguna sentencia del alto Tribunal hacia el principio dispositivo, configurándose como una excepción al principio de oficialidad<sup>72</sup>, aunque alguna doctrina<sup>73</sup> niegue esta afirmación basándose en la propia jurisprudencia del Tribunal [SSTS (II) de 30 de sep-

<sup>68</sup> No existe referencia alguna a esta figura ni en la LORDCNP ni en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que regula el régimen disciplinario de los funcionarios civiles de la Administración del Estado.

<sup>69</sup> «1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento, con la imposición de la sanción que proceda. 2. Cuando la sanción tenga carácter pecuniario, el pago voluntario por el imputado, en cualquier momento anterior a la resolución, podrá implicar igualmente la terminación del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de interponer los recursos procedentes. En los términos o períodos expresamente establecidos por las correspondientes disposiciones legales, se podrán aplicar reducciones sobre el importe de la sanción propuesta, que deberán estar determinadas en la notificación de la iniciación del procedimiento».

<sup>70</sup> P. Butrón Valiña, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pág. 23.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pág. 5.

<sup>72</sup> STS (II) de 7 de noviembre de 1990, FJ 1º B): «La fase plenaria del proceso penal español se halla adscrito al denominado sistema acusatorio formal o mixto, el cual responde a los principios de oficialidad, bilateralidad, igualdad entre las partes acusadoras y acusadas, contradicción, oralidad y publicidad, si bien, se encuentran manifestaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del principio dispositivo propio del proceso civil, tal y como ocurre en los artículos 655 y 688, en los que tratándose de supuestos en los que la pena solicitada por prisión menor, habiendo mostrado su conformidad la defensa del acusado o acusados, y ratificada la misma a la presencia judicial por el acusado o acusados –artículo 655– o confesos el imputado o imputados, y no estimando sus defensores necesaria la continuación del juicio, sin que se supere la fase de conclusiones provisionales, o en el inicio del comienzo de las sesiones del juicio oral, sin necesidad de que continúe el proceso, y por tanto, sin la celebración del juicio oral, la Audiencia habrá de dictar sentencia, sin más limitación que la consistente en no poder imponer pena superior a la acordada por las partes, a menos que el citado órgano jurisdiccional estime que es procedente pena mayor, y acuerde la continuación del juicio, pudiendo, a pesar de ello, absolver al procesado si estima no probados los hechos o no acreditada su participación en los mismos, o imponer pena menor a la mutuamente aceptada por las partes, pues lo único que le está vedado al Tribunal de instancia es imponer pena mayor o superior a la convenida por las partes».

<sup>73</sup> P. Butrón Valiña, *La conformidad...*, págs. 162-163.

tiembre de 1993<sup>74</sup> y de 7 de febrero de 1994<sup>75</sup>), sosteniendo la STS (II) de 19 de julio de 1989 su compatibilidad con la oficialidad aunque con matices<sup>76</sup>. En cualquier caso, presenta claras diferencias con las figuras civiles del allanamiento<sup>77</sup> y la transacción<sup>78</sup>.

¿Pueden encontrarse, entonces, vinculaciones o similitudes entre esta conformidad administrativa y la procesal-penal? En nuestra opinión, no queda otra solución para llenar las enormes lagunas que esta nueva figura plantea, y por ello, debe entenderse que la conformidad del interesado no vincula a la autoridad sancionadora, pudiendo ésta devolver el procedimiento al instructor para su continuación en caso de estar disconforme con la propuesta de sanción aceptada<sup>79</sup>.

Pero la escasa regulación dada por la LORDGC a esta figura plantea otra duda de mayor calado, como es la legalidad de la interposición de recursos, administrativos o jurisdiccionales, contra una resolución sancionadora adoptada por conformidad del encartado. En nuestra opinión, debe seguirse la interpretación manifestada por la STS (II) de 17 de octubre de 1989 (FJ 3º), que sostiene que el recurso de casación interpuesto contra una sentencia adoptada de conformidad y sustentada en una presunta vulneración de la presunción de inocencia incide en mala fe procesal<sup>80</sup>, lo que llevaría

<sup>74</sup> FJ A): «Limitación a la potestad sancionadora del Tribunal y a su facultad de individualización de la pena que es la propia esencia del instituto de la conformidad, ya que sin llegar a invocar figuras propias del proceso civil, como el allanamiento o la interdicción de la “plus petitio”, dado el carácter público y bajo el imperio del principio de legalidad en que el proceso penal y el citado instituto se desarrolla».

<sup>75</sup> FJ 2º: «El instituto de la conformidad es una postura procesal paralela o similar, pero no igual, al del allanamiento del proceso civil, en que el acusado no plantea nuevo objeto de la “litis”, sino que admite y hace suyo el del actor en todos sus elementos, pero con consecuencias distintas totalmente con su homólogo el allanamiento civil, debido al prevalente interés público que inspira y alienta el proceso penal».

<sup>76</sup> FJ 4º: «Sin entrar en la controvertida naturaleza jurídica del instituto de la conformidad (vid. S 1 Mar. 1988), es lo cierto que la misma excepciona el principio de oficialidad, al dar eficacia a un acto de disposición de las partes que viene a plasmar, por mor de la conformidad, en un convenio que vincula al Tribunal en un doble sentido: El de atenerse al título de imputación delictiva aceptado (*vinculatio criminis*) y a imponer la pena solicitada o, al menos, a no rebasarla (*vinculatio poena*). Tan importante concesión al principio dispositivo exige una doble garantía: que en la conformidad concuerden tanto el procesado como su Defensa (arts. 655, 688 y ss.)».

<sup>77</sup> Según Butrón Valiña (*La conformidad...*, págs. 167-168) Alcalá-Zamora hablaba de «allanamiento penal», calificándola como un acto de disposición del proceso. Posición ésta, de su proximidad al allanamiento civil, defendida por el TS (SSTS 1 de julio de 1987, de 8 de julio de 1987, de 21 de noviembre de 1988 y de 17 de junio de 1991).

<sup>78</sup> P. Butrón Valiña, *La conformidad...*, págs. 166.172.

<sup>79</sup> Como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo la STS (II) de 7 de noviembre de 1990, FJ 1º B): «[...] no estimando sus defensores necesaria la continuación del juicio, sin que se supere la fase de conclusiones provisionales, o en el inicio del comienzo de las sesiones del juicio oral, sin necesidad de que continúe el proceso, y por tanto, sin la celebración del juicio oral, la Audiencia habrá de dictar sentencia, sin más limitación que la consistente en no poder imponer pena superior a la acordada por las partes, a menos que el citado órgano jurisdiccional estime que es procedente pena mayor, y acuerde la continuación del juicio, pudiendo, a pesar de ello, absolver al procesado si estima no probados los hechos o no acreditada su participación en los mismos, o imponer pena menor a la mutuamente aceptada por las partes, pues lo único que le está vedado al Tribunal de instancia es imponer pena mayor o superior a la convenida por las partes».

<sup>80</sup> «Hemos de empezar por decir que los dos últimos motivos de casación, rozan, si no inciden directamente, en el área de la mala fe procesal, pues es impermissible aceptar que después de haberse conformado el recurrente con la calificación acusadora trate mediante el trámite de la casación de anular una sentencia basándose en el principio de presunción de inocencia que proclama el art. 24.2 de la Constitución, cuando él

a inadmitir a trámite este tipo de recursos. Sin embargo, el excesivo garantismo y la imprecisión con que la LORDGC parece redactada<sup>81</sup> hace que en la práctica quede abierta la posibilidad de recurrir administrativa y jurisdiccionalmente estas resoluciones.

#### IV. LA INEFICACIA DE LAS SANCIONES PREVISTAS POR LA LEY PARA EL MANTENIMIENTO DE LA DISCIPLINA

«Entre la inmensa variedad de las agrupaciones humanas, son, seguramente, los ejércitos, los que en todo tiempo han sentido más vivamente la necesidad de unas rígidas normas de comportamiento, cuya transgresión debía llevar aparejada la imposición de severas sanciones con el objeto de garantizar eficazmente el cumplimiento de su misión, que no es otra que la de defender con las armas a la comunidad<sup>82</sup>». La reflexión de Casado Burbano, que destaca uno de los caracteres esenciales y diferenciadores del ordenamiento jurídico de cualquier organización militar, debería ser, en principio, aplicable sin problema alguno al Cuerpo de la Guardia Civil, tras reincidir la LORDGC en su concepción como «organización armada y jerarquizada [...] caracterizada por su naturaleza militar<sup>83</sup>». Y si hay una nota común a todos los ordenamientos militares es la posibilidad de imposición de sanciones privativas de libertad en vía administrativa, reconocida como constitucional por la Carta Magna española en su artículo 25.3 CE, *sensu contrario*, y validada por el Tribunal Constitucional desde su temprana STC 21/1981, de 15 de junio<sup>84</sup>. Por ello, destaca como una novedad sustancial la supresión del arresto del catálogo de posibles sanciones imponibles para la represión de las faltas leves y graves introducida por la LORDGC, que parece venir motivada por una doble presión: por un lado, la ejercida por la STEDH de 2 de noviembre de 2006, en el caso *Dacosta Silva contra España*<sup>85</sup>, y por el otro, «el proceso de modernización en el que desde hace tiempo está embarcado el conjunto de la Administración Públi-

---

mismo, mediante lo que podríamos denominar un acto propio, libremente aceptado, impidió la celebración del juicio oral y, por ende, la posibilidad de ser practicadas unas pruebas de resultado, bien inculpatorio, bien exculpatorio. Pero es más, esa conformidad constituye una verdadera confesión con suficiente entidad para destruir, por sí sola, ese principio presuntivo».

<sup>81</sup> Resaltado por el propio Preámbulo de la norma, en su parágrafo II párrafo primero: «[...] la presente Ley pretende dar cabida a un modelo disciplinario riguroso, moderno y extraordinariamente garantista para con quienes les sea de aplicación».

<sup>82</sup> P. Casado Burbano, «Visión histórica del Derecho Penal Militar español», en R. Bleuca Fraga (coord.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, pág.29.

<sup>83</sup> Preámbulo LORDGC.

<sup>84</sup> FJ 8º: «La Constitución Española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del art. 25.3 se deriva a *sensu contrario* que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad. Y el art. 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma prevista en la Ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la Ley para la fijación de los supuestos.».

<sup>85</sup> En la que el TEDH consideró inadecuada la sanción de arresto adoptada por autoridades no jurisdiccionales en el ámbito del régimen disciplinario de la Guardia Civil de 1991, por vulnerar el artículo 5.1 a) CEDH, dado que la reserva realizada por el Reino de España a la aplicabilidad de los artículos 5 y 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) se refería exclusivamente al Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

ca española»<sup>86</sup>, que pretendería equiparar, inexplicablemente, el estatuto profesional de funcionarios civiles y militares, o siendo más precisos, el estatuto profesional de policías civiles y policías militares, aceptando el *slogan* trampa tendido por algunas asociaciones profesionales de guardias civiles: «somos policías, no soldados».

Respecto de la citada STEDH, la primacía del texto constitucional sobre el órgano de la cual aquélla emana resulta indiscutible<sup>87</sup>, generándose, a lo sumo, un problema diplomático para España<sup>88</sup>, pero no mucho más<sup>89</sup>; puesto que la primacía en el sistema de fuentes de nuestra Carta Magna resulta indiscutible:

«La existencia de un derecho internacional al que España se vincula mediante tratados no implica en principio alteración alguna de la supremacía constitucional, pues tales tratados sólo son válidos si se sujetan a lo que la Constitución dispone<sup>90</sup>».

En lo que hace a las reivindicaciones de desmilitarización de la Guardia Civil<sup>91</sup>, parece desconocerse por los defensores de dicha posición la similitud de funciones que existe entre soldados y policías, ya reflejada por H. Spencer en 1851 cuando afirmaba que «Los policías son militares que actúan aislados; los militares son policías que actúan al unísono<sup>92</sup>». Resulta evidente que si la Administración decide tener distintos tipos de empleados públicos en su nómina (civiles y militares), el régimen estatutario de ambos colectivos debería ser...diferente, resultando caracteres esenciales y distintivos del régimen profesional militar, en la práctica totalidad del Derecho

<sup>86</sup> Preámbulo LORDGC.

<sup>87</sup> Aparente claudicación ante el tan manido sofisma «somos policías, no soldados» que desde determinados sectores sociales –particularmente desde el de algunas de las asociaciones profesionales constituidas en el Cuerpo, cuya vinculación con el llamado «sindicalismo militar» ya fue objeto de discusión durante la tramitación parlamentaria del anterior texto disciplinario, como apuntaba J. M. García Labajo, citando al diputado Núñez Casal en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991)*, Tomo I, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, pág. 789: «Porque, lo quieran o no, en la actualidad hay un movimiento asociativo en la Guardia Civil. Hay un deseo claro de formar un sindicato, y si este reglamento ha venido aquí es porque era imposible mantener una lucha contra ese sindicato en base a una ordenación jurídica de tipo castrense (...)»–, exige la desmilitarización de un cuerpo militar por tradición y eficaz por militar.

<sup>88</sup> Sobre todo si se tiene en cuenta que la citada resolución no esgrime razones de fondo en las que fundamenta la incompatibilidad con el CEDH del sistema de arresto administrativo militar español, sino que fue un olvido del Reino de España, al renovar el régimen disciplinario militar de la Benemérita en 1991 y no extender la reserva establecida a los artículos 5 y 6 CEDH al mismo lo que permitió al TEDH cuestionar la pervivencia del arresto en el seno de la Guardia Civil.

<sup>89</sup> A pesar de que el Tribunal Constitucional haya dictado el 18 de octubre de 2010 una Sentencia en la que haciendo suya la equívoca diferenciación entre unas presuntas funciones policiales y unas funciones (o misiones, tanto da) militares de los guardias civiles, sostiene la inconstitucionalidad, conforme al texto disciplinario de 1991, de que los mandos militares del Cuerpo impusieran sanciones privativas de libertad a los miembros militares del Cuerpo cuando desempeñaran funciones policiales: es decir, cuando cometieran cualquiera de los tipos disciplinarios considerados como falta leve o grave en el derogado texto legal

<sup>90</sup> I. de Otto y Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 26. En igual sentido E. Álvarez Conde: *El régimen político español*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 285: «Del artículo 95.1 se desprende claramente que los Tratados son una fuente supeditada a la Constitución».

<sup>91</sup> Sobre la que hemos tratado in extenso en J. J. Herbón Costas, *Los derechos de asociación política y sindicación en las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, págs. 209-229.

<sup>92</sup> Citado por R. Lumsden, *Historia secreta de las SS* (3ª edición), La esfera de los libros, Madrid, 2006, pág. 355.

comparado, el sometimiento al doble fuero penal (ordinario, como ciudadano que es, y castrense, por su condición profesional) y la posibilidad de imponer sanciones privativas de libertad en vía administrativa.

Sea como fuere, la exclusión en el catálogo de sanciones de la LORDGC del arresto, reduce los castigos imponibles a los guardias civiles a la tradicional represión (prevista para la represión de las faltas leves), la ya consolidada dentro del Cuerpo pérdida de días de haberes (prevista tanto para faltas leves, con un máximo de cuatro días, como para las graves, entre cinco y veinte días), la pérdida del destino (para las faltas graves, constituyendo la sanción máxima para reprimir éstas), la suspensión de empleo (de hasta tres meses para las faltas graves, y de tres meses y un día a seis años para las muy graves), la pérdida de puestos en el escalafón y la separación del servicio (estas dos previstas exclusivamente para la represión de las faltas muy graves). A pesar de este amplio elenco de posibles sanciones, lo cierto es que la práctica viene a demostrar que en la gran parte de ocasiones son dos las que suelen aplicarse de manera preferente: la pérdida de haberes con suspensión de funciones para las faltas leves y graves, y la suspensión de empleo para las faltas graves y muy graves.

El problema que plantea este recurso habitual a las sanciones de tipo económico, lógico en cierta medida puesto que las sanciones máximas como la pérdida de destino o la separación del servicio solamente pueden proponerse y aplicarse en supuestos de extraordinaria gravedad de la conducta antidisciplinaria, es la desvirtuación de la razón de ser del régimen disciplinario, que no es otra que la corrección de los comportamientos desviados de la norma, reconduciendo a la ejemplaridad profesional a los guardias alejados de la misma. Porque ese pretendido avance en el respeto a los derechos fundamentales de los miembros de la Benemérita que parece haber sido la causa de la supresión del régimen disciplinario de las sanciones privativas de libertad, ha supuesto, en realidad, un retroceso en la afflictividad que toda sanción debe conllevar para empujar al sancionado a reconducir su proceder profesional, pues las asociaciones profesionales existentes en el Cuerpo se han encargado de facilitar a sus asociados a un módico precio (como bien dice el refranero popular: «hecha la ley, hecha la trampa») seguros<sup>93</sup> que protegen a los expedientados contra estas sanciones económicas, reintegrándolos los haberes dejados de percibir. Con lo que el único efecto directo contra el sancionado es el antecedente que se anota en su hoja de servicios<sup>94</sup>, pues la parte de los haberes diarios dejada de percibir es retribuida, tarde o temprano<sup>95</sup>, por los seguros asociativos<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Dada la profusión de asociaciones profesionales de guardias civiles, es difícil explicitar las condiciones de estos seguros o «cajas de resistencia», pero lo habitual es que cubran la sanción de pérdida de haberes en toda su extensión, y la de suspensión de empleo hasta por un año.

<sup>94</sup> En los supuestos de suspensión de empleo, la congelación en el escalafón, que causa un daño colateral importante a los suboficiales u oficiales con ella corregidos, queda minimizado en el supuesto de guardias civiles o cabos, al no ascender por su puesto en la escalilla, sino por la superación de exámenes para el ascenso.

<sup>95</sup> Algunas compañías exigen, como requisito para el abono de estas indemnizaciones, el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales contra la sanción impuesta.

<sup>96</sup> Piénsese que cuando se sanciona a un guardia con una medida puramente económica, si el mismo está asegurado —y la experiencia profesional de quien estas líneas escribe es que más del 90% de los guardias expedientados lo están— cuando se le sanciona en realidad se le están concediendo una vacaciones pagadas, puesto que se le manda a casa eximiéndole de su obligación de prestar servicio y se le paga el

Pero la relativización del sistema sancionador establecido por la LORDGC no acaba aquí. Y esto es así porque, inexplicablemente, la reiteración en la conducta antidisciplinaria grave –entendiendo por tal la comisión de una falta grave teniendo anotadas y no canceladas otras dos, como hace la LORDFAS<sup>97</sup> o hacía el artículo 17.5 LORDGC 1991<sup>98</sup>– no constituye motivo para la apertura de un expediente por falta muy grave en el nuevo texto disciplinario, que exige que al menos haya anotada en su hoja de servicios una falta muy grave<sup>99</sup>. Con lo que puede llegarse al supuesto extremo –ciertamente no habitual, pero tampoco tan inusual como sería deseable– de individuos que transgreden sistemáticamente el régimen disciplinario (por lo general estando en situación de baja médica para el servicio) de manera grave, sin que la Administración disponga de medidas eficaces para hacerles deponer su actitud antidisciplinaria, puesto que esa acumulación de continuadas y repetidas faltas graves, siguen constituyendo una falta grave, y no una muy grave en la que la apreciación de su reincidencia permitiera, *ex* artículo 19 LORDGC, expulsarlos del Cuerpo mediante la imposición de una sanción de separación de servicio.

Lo cierto es que esta relativización de la reincidencia parece ser un signo de los tiempos, no solamente en el ámbito genérico de la función pública civil (la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público no la contempla como falta muy grave en el catálogo establecido por su artículo 95.2<sup>100</sup>) –donde podría ser comprensible esta relajación, dado el carácter no tan reforzado de la relación de sujeción especial que une al funcionario con la Administración–, sino también en el marco concreto de la actividad policial (el nuevo régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía tampoco contempla como infracción estas conductas<sup>101</sup>), donde

---

suelo completo: el 80% de sus retribuciones básicas por la pagaduría de la Benemérita, y el resto de las percepciones reconocidas en la nómina (el 20% restante de sueldo base y trienios, más todos los complementos) por su seguro asociativo.

<sup>97</sup> El artículo 17.5 LORFAS considera como causa de incoación de expediente gubernativo: «Cometer falta grave teniendo anotadas y no canceladas al menos dos faltas graves».

<sup>98</sup> «Cometer falta grave teniendo anotadas y no canceladas al menos dos faltas graves».

<sup>99</sup> El artículo 7.26 considera como falta muy grave: «Cometer falta grave, teniendo anotadas, sin cancelar, dos faltas muy graves, o una grave y otra muy grave». Por su parte el artículo 8.32 califica como falta grave: «Cometer falta leve, teniendo anotadas, sin cancelar, dos faltas graves, o dos faltas muy graves o una grave y otra muy grave, o tres faltas cuando al menos una de ellas sea grave o muy grave».

<sup>100</sup> El artículo 6 n) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, de Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (en adelante, RDDFA), sin embargo, considera como falta muy grave: «Haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en un período de un año».

<sup>101</sup> Que sí contemplaba el anterior régimen disciplinario del Cuerpo, aprobado por Real Decreto 884/1989, de 14 de julio, en su artículo 6.10 como falta muy grave, en términos similares al RRDEFA: «Haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año», falta que venía también contemplada por el artículo 27.3 j) LOFCS y que fue declarada inconstitucional por STC 188/2005, de 7 de julio, por considerar que el tipo vulneraba el principio del *non bis in idem* por considerar como motivo de sanción hechos que ya había sido objeto de represión anteriormente: «[...] el tipo impugnado no sanciona una acción o unas acciones nuevas de un mismo infractor –realmente no se requiere un nuevo comportamiento ilícito de uno de los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 2/1986–, sino que se persigue sancionar, siguiendo un procedimiento disciplinario específico, hechos anteriores que tienen la particularidad de haber sido castigados previamente por la Administración con la imposición de tres sanciones disciplinarias graves tras la conclusión de los correspondientes procedimientos sancionadores. En definitiva, el art. 27.3.j) de la referida Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tipifica como infracción antiguos hechos que, todos ellos, ya han sido necesariamente sancionados previa-

la relación de sujeción especial no es idéntica pero sí muy similar en su configuración a la castrense, manteniéndose exclusivamente la incriminación de las mismas en el ámbito de la función pública militar, aunque con consecuencias mucho más gravosas en el ámbito de las Fuerzas Armadas<sup>102</sup>.

---

mente por constituir una infracción grave, lo que de manera indudable implica una doble sanción para los mismos hechos: una primera, como constitutivos de una falta grave; y otra, en tanto que incardinados en la falta muy grave tipificada por el precepto impugnado» (FJ 4º).

<sup>102</sup> El artículo 8.37 LORDFAS considera como falta grave: «Cometer falta leve, teniendo anotadas y no canceladas al menos tres faltas sancionadas con arresto».

### **3. LAS RELACIONES ENTRE LAS NACIONES UNIDAS Y LOS ACUERDOS U ORGANISMOS REGIONALES**

*Pedro del Rosal García  
Capitán Auditor*

SUMARIO: I. Cuestiones generales. II. El marco normativo. III. El concepto de acuerdos u organismos regionales. IV. Las relaciones en materia de arreglo de controversias. 4.1. El caso de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). 4.2. El caso de la Organización de los Estados Americanos (OEA). V. Acción en caso de agresión, amenaza o quebrantamiento de la paz. VI. Acuerdos regionales y operaciones de mantenimiento de la paz. VII. Conclusiones.

#### **I. CUESTIONES GENERALES**

El proyecto de Dumbarton Oaks<sup>1</sup> reconoció la legitimidad de los organismos y los acuerdos compatibles con los propósitos y los principios de las Naciones Unidas (ONU), aun cuando, ciertamente, se empeñó en mantenerlos bajo la autoridad y el control del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU). Cuando en abril de 1945 se reunió la Conferencia de San Francisco, los presupuestos de Dumbarton Oaks fueron calificados de insuficientes por los países iberoamericanos, fervientes defensores por entonces del ideal panamericano, y por los árabes<sup>2</sup>. La exigencia de autorización previa del Consejo para la aplicación de medidas coercitivas fue particularmente

---

<sup>1</sup> Esta Conferencia constituyó el primer hito en el proceso de satisfacción de los objetivos fijados en la Declaración de la Conferencia de Moscú en 1943, promotora de la creación de una organización que sustituyera a la Sociedad de Naciones. Las propuestas aprobadas en Dumbarton Oaks (establecimiento de una Organización General Internacional, esencialmente), debidamente pulidas en la siguiente Conferencia de Yalta de febrero de 1945, alumbraron las negociaciones que, en la Conferencia de San Francisco, derivaron en la creación de la Organización de las Naciones Unidas.

<sup>2</sup> REMIRO BROTONS, A. (1983), Principios fundamentales de derecho internacional público, Tecnos, Madrid, pág. 208.

criticada por debilitar tanto el prestigio como la eficacia de aquellas organizaciones y acuerdos, sometidos en última instancia al veto de los miembros permanentes.

A pesar de las reticencias de buena parte de la Comunidad Internacional, lo cierto es que la Carta de San Francisco recogió finalmente en su Capítulo VIII el fenómeno de las organizaciones y los acuerdos regionales, así como el sistema de relaciones entre aquellos y la propia Organización.

La consagración formal de los acuerdos u organismos regionales no se tradujo inmediatamente, desde luego, en una integración armónica y pacífica de los mismos en el inestable equilibrio de fuerzas que gobernaban la ONU en la segunda posguerra mundial. Tal y como señalara BOUTROS-GHALI<sup>3</sup>, «*La guerra fría obstaculizó la debida aplicación de las disposiciones del Capítulo VIII, es más, en ese tiempo los acuerdos regionales entorpecieron el arreglo de controversias en la forma prevista en la Carta. Una de las características del enfrentamiento ideológico de esa época era, precisamente, la creación y utilización de agrupaciones regionales dominadas hegemónicamente por alguna de las grandes potencias líderes del enfrentamiento*»<sup>4</sup>.

El fin de la bipolaridad revitalizó el sistema de seguridad colectiva diseñado por la Carta e imprimió, al tiempo, una esperanzadora dinámica al Capítulo VIII. Una tras otra florecieron resoluciones, acuerdos y, en fin, declaraciones impulsadas desde todas las instancias de la Organización con el firme propósito de dotar de genuino contenido material las, hasta entonces, inanes prescripciones de los artículos 52 y siguientes<sup>5</sup>.

De entre todos aquellos instrumentos, pronto se advirtió la relevancia de la *Declaración sobre el mejoramiento de la cooperación entre las Naciones Unidas y las organizaciones regionales en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*<sup>6</sup>. Su impacto institucional y su eficacia jurídica merecen una reflexión particular en el apartado que sigue.

## II. EL MARCO NORMATIVO

Se pretende aquí ilustrar acerca de los instrumentos jurídicos que articulan el marco de relaciones entre los acuerdos y organismos regionales y la ONU, para, seguidamente, abordar el análisis de las diversas variables que integran la ecuación formulada en la Carta de las Naciones Unidas (CNU) para lubricar la interacción entre la Organización universal y las propiamente regionales.

La normativa esencial o de base se recoge, tal y como ya se aventuró en las cuestiones generales que anteceden, en el Capítulo VIII de la Carta de San Francisco.

---

<sup>3</sup> Butros Butros-Ghali, nacido el 14 de noviembre de 1922, es un diplomático egipcio que ocupó el cargo de Secretario General de las Naciones Unidas entre enero de 1992 y diciembre de 1996.

<sup>4</sup> Informe del Secretario General «Un programa de Paz. Diplomacia Preventiva, establecimiento de la Paz y mantenimiento de la Paz», de 23 de junio de 1992. Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/documents/>, 29 de septiembre de 2010, 14 horas.

<sup>5</sup> Inter alia, Resolución 1196 (1998), del CSNU, acerca de la misión de los acuerdos u organismos regionales en el embargo de armas.

<sup>6</sup> Aprobada por Resolución 49/57, de 17 de febrero de 1995, de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU).

Se trata de un Capítulo breve, que comprende tres artículos que atacan la cuestión de los acuerdos u organismos regionales desde una perspectiva que puede resumirse en los términos que siguen:

1. Reconocimiento y legitimación de los acuerdos u organismos regionales comprometidos con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.
2. Subordinación a los principios y propósitos de la ONU.
3. Instrumentalización de tales acuerdos y organismos<sup>7</sup>.

La exégesis del Capítulo VIII contenida en la citada Resolución 49/57 de la AGNU responde a la evidencia de la eficacia resolutoria demostrada por los acuerdos u organismos regionales en la promoción y defensa de los fines perseguidos por la Organización<sup>8</sup>. La Declaración desgrana en doce puntos el fenómeno de los acuerdos y, sin perjuicio de su oportuno análisis en los epígrafes correspondientes, pudieran enunciarse, esquemáticamente, sus elementos configuradores:

1. La afirmación del compromiso de los acuerdos regionales con el arreglo pacífico de las controversias de carácter local.
2. La reiteración de su utilidad como instrumento del CSNU para el mejor cumplimiento de sus responsabilidades.
3. La enumeración de las formas cooperativas entre la ONU y los acuerdos regionales.
4. El fomento y promoción de la estabilidad y el bienestar regional para el aseguramiento de la paz y la seguridad internacionales.
5. La sumisión a los principios y propósitos de la CNU y, fundamentalmente, a la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*<sup>9</sup>.

Al margen de otras herramientas derivadas, útiles para la configuración del fenómeno objeto de estudio<sup>10</sup>, procede, sin más preámbulo, esbozar el concepto de acuerdo u organismo regional.

---

<sup>7</sup> Además de la limitación de la autonomía funcional de los acuerdos u organismos regionales impuesta por los principios y propósitos consignados en la CNU, opera también una cierta capitidisminución de la autonomía institucional en la medida en que el CSNU puede discrecionalmente valerse de aquellos para el cumplimiento de sus responsabilidades primordiales, tales son, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

<sup>8</sup> El Preámbulo de la Declaración reconoce que «Los acuerdos u organismos regionales pueden desempeñar un importante papel en la diplomacia preventiva y en el fomento de la cooperación regional e internacional», y tiene en cuenta que «la experiencia y los resultados positivos obtenidos por los acuerdos u organismos regionales en el arreglo pacífico de controversias en distintas partes del mundo», al tiempo que considera que «la acción a nivel regional puede contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales».

<sup>9</sup> Aprobada por Resolución de la AGNU 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970. También, entre otras, la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, aprobada por Resolución de la AGNU 37/10, de 15 de diciembre de 1982.

<sup>10</sup> Qué duda cabe de que un análisis riguroso de la materia exige la consideración, aun referencial y complementaria, de los instrumentos convencionales constitutivos de los variados acuerdos u organismos regionales, y de la inestimable función auxiliar de la jurisprudencia internacional. Unos y otra intercalarán los comentarios de este estudio, cuando corresponda.

### III. EL CONCEPTO DE ACUERDO U ORGANISMO REGIONAL

Ya se insinuaron las complejidades que frustraron la oportunidad de alcanzar, en el seno de la Conferencia de S. Francisco, un consenso en torno a la cuestión de la delimitación conceptual de los «acuerdos u organismos regionales». El comité en el que se gestó el Capítulo VIII de la Carta rechazó una propuesta, formulada por la delegación Egipcia, que perseguía incorporar una definición expresa de aquellos. Transcurridos más de cincuenta años de funcionamiento de la ONU, y a falta de una definición convencional, siguen sin ser pacíficos cuáles hayan de ser los elementos básicos definidores de «acuerdo u organismo regional» a los efectos del Capítulo VIII de la Carta<sup>11</sup>.

La doctrina conviene en que no es posible extraer de la CNU unos caracteres generales que nos permitan definir dichos acuerdos. Así las cosas, pareciera que la única pretensión del artículo 52 de la CNU fuera «reconocer que el establecimiento de un sistema de seguridad colectivo en la Carta no impide que existan otros acuerdos u organismos particulares en los que los Estados cooperen en algunos de los ámbitos materiales en que las N.U. actúan (...)»<sup>12</sup>. La laxitud del precepto ha sido aprovechada por el CSNU para reconocer explícitamente como «acuerdos regionales» toda una suerte de fórmulas asociativas locales sin más traba que la de exigir el respeto de los límites consignados en la Carta de San Francisco<sup>13</sup>.

El entusiasmo del CSNU, sin embargo, no ha sido compartido por la Corte Internacional de Justicia (CIJ)<sup>14</sup>. La doctrina se aparta manifiestamente de la censura del órgano judicial y proclama la idoneidad de la promoción asociativa regional que persiga objetivos comunes y compatibles con los propósitos y los principios de las ONU y, específicamente, en las tareas de solución de controversias regionales y en el mantenimiento de la paz y la seguridad en el contexto local<sup>15</sup>.

### IV. LAS RELACIONES EN MATERIA DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS

El preámbulo de la *Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias*<sup>16</sup>, tras reafirmar los dos principios fundamentales que sostienen el sistema de

<sup>11</sup> SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Víctor M. (2005), La potestad coercitiva de las organizaciones regionales para el mantenimiento de la paz. Medidas que no implican el uso de la fuerza armada, Bosch, Barcelona, pág. 6.

<sup>12</sup> DÍEZ DE VELASCO, M. (2008), Las Organizaciones Internacionales, Tecnos, Madrid, pág. 264.

<sup>13</sup> Ad exemplum., la Organización de Estados Africanos (hoy Unión Africana), por Resolución 751 (1992); la Comunidad Europea (hoy Unión Europea), por Resolución 727 (1992), la Organización de la Conferencia Islámica, por Resolución 751 (1992), la Organización del Tratado del Atlántico Norte, por Resolución 816 (1993); y la Comunidad de Estados Independientes, por Resolución 1.167 (1998).

<sup>14</sup> La Corte, en su sentencia del asunto de las «Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella», de 1984, parece más proclive a limitar el término a organizaciones o pactos directa o indirectamente implicados en la solución de controversias o el mantenimiento o restitución de la paz y la seguridad internacionales. En PASTOR RIDRUEJO, J.A. (1962), La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya, Rialp, Madrid, pág. 207.

<sup>15</sup> Inter alia, vid. MIAJA DE LA MUELA, A (1974), Introducción al Derecho Internacional Público, Atlas, Madrid, pág. 84.

<sup>16</sup> Vid. nota al pie 6.

seguridad colectiva diseñado en la CNU<sup>17</sup>, confiesa que la CNU contiene los medios suficientes y un marco de relaciones propicio para el arreglo pacífico de las controversias internacionales y regionales<sup>18</sup>.

Tienen esas relaciones su expresión en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 52 de la CNU<sup>19</sup> y en diferentes puntos de la Resolución 49/57 de la AGNU<sup>20</sup>. El examen conjunto de las disposiciones invocadas permite adivinar los fundamentos de la relación bilateral que condiciona de la interacción entre la ONU y los acuerdos u organismos regionales.

La controversia internacional puede definirse, invocando las palabras de la CIJ, como *«un desacuerdo en un punto de derecho o de hecho; una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas o Estados»*<sup>21</sup>. Para la CIJ, las diferencias internacionales tienen una existencia objetiva e independiente del reconocimiento formal de las partes: existe una diferencia desde el momento en que una de las partes comprueba que la actitud de la otra es contraria a la suya.

En todo caso, qué duda cabe, la solución de controversias *«es cuestión nuclear del Derecho Internacional, porque la existencia de controversias es un síntoma de enfermedad y la necesidad de solucionarlas se convierte en condición previa de vitalidad y progreso en las relaciones internacionales. Esa necesidad aumenta a medida que, con el desarrollo tecnológico, las controversias representan una gran amenaza,*

---

<sup>17</sup> «Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas», reza el artículo 2, apartados 3 y 4, de la Carta de San Francisco.

<sup>18</sup> A mayor abundamiento, el artículo 33 de la CNU, cuando insiste en que «Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección».

<sup>19</sup> El artículo invocado concreta que «Los Miembros de las Naciones Unidas que sean partes en dichos acuerdos o que constituyan dichos organismos, harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de tales acuerdos u organismos regionales antes de someterlas al Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad promoverá el desarrollo del arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de dichos acuerdos u organismos regionales, procediendo, bien a iniciativa de los Estados interesados, bien a instancia del Consejo de Seguridad. Este Artículo no afecta en manera alguna la aplicación de los Artículos 34 y 35».

<sup>20</sup> Recuerda la Resolución que «La cooperación entre los acuerdos u organismos regionales y las Naciones Unidas debería realizarse de conformidad con sus respectivos mandatos, competencia y composición, y debería adecuarse a cada situación concreta, de conformidad con la Carta» para, seguidamente explicar que «Los esfuerzos regionales que desplieguen los acuerdos u organismos regionales en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, dentro de sus respectivas esferas de competencia y de conformidad con los propósitos y principios de la Carta, deberían ser alentados y, si procede, apoyados por el Consejo de Seguridad» y alentar a los «acuerdos u organismos regionales a que examinen, cuando proceda, en sus esferas de competencia, los medios de promover una cooperación y coordinación más estrechas con las Naciones Unidas con el objeto de contribuir a la consecución de los objetivos y principios de la Carta, incluso en los campos de la diplomacia preventiva, el establecimiento de la paz, la consolidación de la paz después de los conflictos y, en su caso, el mantenimiento de la paz».

<sup>21</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.A., Op cit., págs. 436-437.

*no sólo a los Estados en ella involucrados, como también a toda la humanidad; inspirando uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional, el de la obligación que tiene todo Estado de resolver, por medios pacíficos, sus controversias*<sup>22</sup>».

La práctica internacional ha demostrado la naturaleza cooperativa de la relación entre los acuerdos regionales y la ONU en esta materia<sup>23</sup>. A pesar de algunos esfuerzos por significar la preeminencia de la actuación regional respecto de aquellas controversias iniciadas en su jurisdicción y, correlativamente, asignar a la ONU un deber de abstención hasta la constatación indubitada del fracaso del procedimiento local de arreglo de controversias; es lo cierto que la pretensión de instituir un sistema de «gradación de instancias o un reparto de competencias entre los acuerdos regionales y la ONU<sup>24</sup>» deviene inadmisibles.

La interrelación institucional señalada adopta variadas formas cooperativas en este contexto, y pudieran privilegiarse<sup>25</sup>:

1. *Las consultas*, entendidas como aquellas medidas directas orientadas a evitar la escalada o extensión de un conflicto, y basadas en el intercambio de puntos de vista acerca las respectivas actuaciones emprendidas con el propósito de solucionar pacíficamente una controversia<sup>26</sup>.
2. *El apoyo diplomático*, que comprende la mediación, la negociación u otros medios de arreglo pacífico implementados directamente por los organismos para complementar el esfuerzo pacificador de la ONU en un entorno regional concreto<sup>27</sup>.

#### **4.1. El caso de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)**<sup>28</sup>

De entre los muchos sectores de actividad que corresponden a la Organización<sup>29</sup>, el fomento del arreglo pacífico de las controversias fue tradicionalmente una cuestión

<sup>22</sup> AMIGO ROMÁN, C. (1995), La solución de controversias internacionales y sus mecanismos, Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 8, págs. 511-531, pág. 511.

<sup>23</sup> Por ejemplo, la Resolución del Consejo de Seguridad sobre Somalia 841 (1993), o la evacuada respecto de Ruanda, la 912 (1994).

<sup>24</sup> DÍEZ DE VELASCO, M, Op. cit., pág. 265.

<sup>25</sup> Supplement to an Agenda for Peace: Position Paper of the Secretary-General on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations, 3 de enero de 1995, Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/documents/>, 29 de septiembre de 2010, 14 horas.

<sup>26</sup> En algunos casos, la consulta adopta un carácter eminentemente formal (informes periódicos dirigidos al CSNU); en otros, consiste en simples contactos telefónicos o de otra índole entre las respectivas directivas de las organizaciones.

<sup>27</sup> La Liga Árabe (LAS) y la Organización de la Conferencia Islámica (OIC), así por ejemplo, asumieron esta labor en Somalia; la OSCE, en las controversias entre Georgia y Tayikistán en la región del Cáucaso.

<sup>28</sup> La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), tiene su origen en la CSCE (Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa), celebrada en Helsinki en 1975, y está conformada actualmente por 56 Estados participantes, todos ellos países de Europa (incluyendo a la Federación Rusa y todos los países de la Unión Europea), Asia Central y América del Norte (Canadá y Estados Unidos).

<sup>29</sup> El Acta Final de Helsinki, de 1 de agosto de 1975, concentra los propósitos de la Organización en tres áreas diferenciadas: a) Cuestiones relativas a la seguridad en Europa. b) Cooperación en materia económica, científica, tecnológica y medio ambiente. c) Cooperación en el campo humanitario.

impulsada por los países neutrales y no alineados<sup>30</sup>, con cierto apoyo de la OTAN y la Unión Europea.

Tras no pocas negociaciones que se prolongaron durante una década (Montreux, Atenas y Viena, entre 1978 y 1989), los «*Estados participantes admitieron el principio del recurso a un tercero para los conflictos no resueltos mediante las consultas o la negociación (...)*»<sup>31</sup>. Y como resultado de aquel consenso, en la reunión de expertos celebrada en La Valetta en 1991, se resolvió crear, para cada controversia, un organismo que interpondría sus buenos oficios o mediación, proponiendo a las partes enfrentadas medios de arreglo e, incluso, soluciones de fondo. Tal y como señala DÍEZ DE VELASCO, «*La eficacia de este procedimiento (...) es muy dudosa, porque en la práctica no puede actuar sin el consentimiento de las partes en la controversia y porque su jurisdicción es limitada. Hasta ahora no hay noticias de que haya sido utilizado*»<sup>32</sup>.

La inoperancia del mecanismo ideado no arredró a la organización que, empeñada en el arreglo pacífico de las controversias, ingenió un nuevo catálogo de medidas que vieron la luz el 15 de diciembre de 1992, tras ser visados por el Consejo de la OSCE, y que se muestra seguidamente:

1. Un texto con nuevas herramientas para mejorar «*el mecanismo de La Valetta*».
2. Las *Disposiciones relativas a una Comisión de Conciliación*, para completar, de igual manera, el sistema de La Valetta.
3. La *Convención relativa a la Conciliación y el arbitraje en el seno de la OSCE*, en vigor desde el 5 de diciembre de 2004<sup>33</sup>.
4. Las *Disposiciones relativas a la conciliación prescrita*<sup>34</sup>.

#### 4.2. El caso de la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>35</sup>

El artículo 2.b de la Carta de la OEA asegura que uno de sus propósitos es «*prevenir las causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros*», al tiempo que sentencia, en el siguiente

<sup>30</sup> Sin ánimo de agotarlos: Austria, Suiza o Suecia.

<sup>31</sup> DÍEZ DE VELASCO, M, Op. cit., pág. 719.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> El arbitraje instituido es facultativo, pero la conciliación es obligatoria, aunque subsidiaria respecto de otros medios de solución que pudieran proponer las partes.

<sup>34</sup> Pretenden activar el mecanismo de la conciliación sin el consentimiento de las partes enfrentadas, apelando al procedimiento consignado bien en las propias Disposiciones, bien en la Convención de 5 de diciembre de 2004 citada.

<sup>35</sup> La Organización de los Estados Americanos es un organismo regional panamericanista y multilateral, creado con el propósito de fortalecer la integración y la toma de decisiones en el continente americano. Los objetivos declarados en su Carta fundacional de 1948 se reducen esencialmente a cinco: fortalecer la paz y la seguridad, consolidar la democracia, promover los derechos humanos y el desarrollo social y económico; y, en última instancia, favorecer el desarrollo sostenible en América. También, en este ámbito, más específicamente, afianzar la paz y la seguridad del continente, prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros; y procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos.

artículo 3 que *«las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados Americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos»*.

Para dar satisfacción a sus propias pretensiones, la Carta entrega su Capítulo V a la reglamentación de la materia. Así, amén de ofrecer los medios tradicionales de la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación, el procedimiento judicial y el arbitraje; el artículo 24 del texto constitutivo considera formas alternativas de solución de controversias que pudieran ser presentadas por las partes interesadas<sup>36</sup>. En apoyo de la tarea, el siguiente artículo 26 explica que *«Un tratado especial establecerá los medios adecuados para resolver las controversias y determinará los procedimientos pertinentes a cada uno de los medios pacíficos, en forma de no dejar que controversia alguna entre los Estados Americanos pueda quedar sin solución definitiva dentro de un plazo razonable»*.

Si seguimos las conclusiones de PORTILLA GÓMEZ<sup>37</sup>, ha de colegirse que la eficacia resolutoria de la OEA ante los conflictos planteados en la región americana desde su creación pero, particularmente, durante la década de los 70 y los 80; ha sido pobre. La desastrosa gestión de la intervención estadounidense en los asuntos internos de Nicaragua, mediante la creación de fuerzas mercenarias (finalmente resuelta por la CIJ), ilustra la fragilidad de los títulos de la OEA para lidiar con los conflictos del continente. Las escasas habilidades demostradas propiciaron que, enseguida, surgieran organizaciones de base institucional más o menos sólida, dispuestas a asumir el papel malinterpretado por la Organización hegemónica, con unos resultados ciertamente satisfactorios en las más de las ocasiones<sup>38</sup>.

Pero la OEA pronto entendió que las amenazas del momento diferían sustancialmente de las que tuvo que enfrentar en la segunda mitad del siglo XX. La región afronta en la actualidad tres categorías de amenazas: las tradicionales, que se refieren fundamentalmente a la posibilidad de un conflicto interestatal; las que se generan en el interior de los estados; y, por último, las denominadas «nuevas amenazas», que se materializan en acciones criminales de orden transnacional, como el terrorismo, el tráfico de armas o el narcotráfico<sup>39</sup>. Para neutralizar al nuevo enemigo, la OEA:

1. Fortaleció la capacidad de los gobiernos y de la sociedad civil de los Estados miembros, para diseñar, implementar e institucionalizar mecanismos de diálogo y prevención de conflictos.
2. Reforzó su capacidad institucional, especialmente su Secretaría General, y sus cuerpos políticos y misiones especiales, para atender asuntos relacionados con el diálogo y la prevención de conflictos.

<sup>36</sup> En parecidos términos a los contenidos en el artículo 33 de la CNU, vid. Supra.

<sup>37</sup> PORTILLA GÓMEZ, J. M. (1989), El Caso de Nicaragua y Honduras y la solución pacífica de controversias, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., pág. 75.

<sup>38</sup> Ad exemplum, «EL Grupo de Contadora», forjado por los gobiernos de Venezuela, Colombia, México y Panamá en 1983, reforzado con las incorporaciones de Argentina, Brasil, Perú y Uruguay en 1985 para promover la solución de las controversias regionales e impedir la injerencia de las grandes potencias.

<sup>39</sup> VERÓNICA MILLET, P. (2005), El rol de la OEA: el difícil camino de la prevención y resolución de conflictos a nivel regional, Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable, núm. 10, págs. 1-4 pág. 1.

3. Elevó el nivel de discusión y análisis sobre la prevención y la resolución de conflictos, con el ánimo de encontrar respuestas estratégicas, culturalmente sensibles y contextualizadas para enfrentar los desafíos del hemisferio.

## V. ACCIÓN ANTE LA AGRESIÓN, QUEBRANTAMIENTO O AMENAZA A LA PAZ

El art. 53.1 de la CNU, nótese, situó a los organismos regionales en una doble relación de subordinación respecto del CSNU<sup>40</sup>. De una parte, éste podía recurrir a aquéllos para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad: de ahí que el artículo 43.3 de la CNU previera que los convenios especiales para la acción armada dispuesta por el CSNU podrían concertarse con *grupos de miembros*; y que el artículo 47.4 anticipara la eventualidad de la formación de subcomités regionales con una función netamente asesora<sup>41</sup>. Por otro lado, la aplicación de medidas coercitivas decididas por organismos regionales habría de contar con la autorización previa y expresa del Consejo. Para REMIRO BRETONS<sup>42</sup>, «*El naufragio del sistema de seguridad colectiva proyectado por la Carta*» redujo la dimensión de los organismos regionales, transformándolos, de tal manera, en «*mandatarios de las Naciones Unidas*», de los que «*(...) sólo cabría rescatar un posible papel en la ejecución de operaciones de mantenimiento de la paz*».

Algunos autores, no obstante, parecen inclinarse por una interpretación restrictiva del control ejercido por el CSNU, en el sentido de que la aplicación de medidas coercitivas habría de contar con la autorización de aquel Consejo, si bien tal autorización estaría limitada a la certificación simple de la jurisdicción y la oportunidad de la acción. Así, para cualesquiera otras actividades emprendidas o proyectadas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, bastaría con la mera comunicación, en ejecución de las previsiones del artículo 54 de la CNU<sup>43</sup>. Ciertamente, la divisoria entre una y otra obligación dependerá de qué se entienda por medidas coercitivas. Las variables que determinarán la naturaleza final de la acción emprendida o proyectada son múltiples, aunque el uso internacional parece decantarse por primar el *propósito de las medidas, su mayor o menor carácter vinculatorio* y, finalmente, *la naturaleza misma de los medios empleados*.

En la práctica, el problema se planteó por vez primera cuando, en agosto de 1960, la VI Reunión de Consulta de Ministros de Asuntos Exteriores de la OEA alumbró la

---

<sup>40</sup> Vid. las Cuestiones Generales, en el Capítulo I. En cuanto al contenido del artículo citado, se materializa en que «El Consejo de Seguridad utilizará dichos acuerdos u organismos regionales, si a ello hubiera lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad. Sin embargo, no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos u organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad (...)».

<sup>41</sup> Proclama el artículo 43.3 de la Carta, respecto de los convenios, que «(...) serán concertados entre el Consejo de Seguridad y Miembros individuales o entre el Consejo de Seguridad y grupos de miembros (...)», y el siguiente artículo 47.4 que «El Comité de Estado Mayor, con autorización del Consejo de Seguridad y después de consultar los organismos regionales apropiados, podrá establecer subcomités regionales».

<sup>42</sup> REMIRO BROTONS, A., Op. cit., págs. 208 y 209.

<sup>43</sup> El precepto invocado recuerda que «Se deberá mantener en todo tiempo al Consejo de Seguridad plenamente informado de las actividades emprendidas o proyectadas de conformidad con acuerdos regionales o por organismos regionales con el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales»

ruptura de relaciones diplomáticas de todos los Estados miembros con la República Dominicana y la interrupción parcial de relaciones económicas, limitándose a informar de ello al CSNU. El representante soviético en el CSNU, solicitó entonces la convocatoria del órgano para examinar y aprobar, en su caso, la resolución de la OEA de conformidad con el artículo 53 de la CNU. Probablemente, la estrategia soviética tuviera por objeto preparar y controlar un futuro escenario en el que la eventual damnificada por las medidas entonces instituidas por la OEA contra la República Dominicana fuera su aliada la República de Cuba. Estados Unidos y sus aliados interpretaron, sin embargo, que la expresión *medidas coercitivas* englobaba únicamente las que implicaban el *empleo de la fuerza armada*. El Consejo se limitó a aprobar, con las abstenciones de la Unión Soviética y Polonia, una resolución tomando nota de la comunicación de la OEA<sup>44</sup>.

La doctrina concluye, de manera homogénea, que son coercitivas todas las medidas que impliquen la amenaza o el uso de la fuerza prohibidos a los Estados por el Derecho Internacional en virtud del artículo 2.4 de la CNU<sup>45</sup>. Para Jiménez de Aréchaga<sup>46</sup>; si se prohíbe a los Estados recurrir a la fuerza en sus relaciones internacionales, es natural que se prohíba también a los organismos o acuerdos regionales, a menos que cuenten con la preceptiva autorización del CSNU. De tal manera, continúa el Profesor, se evita que una sanción regional pueda ser de *facto* una agresión disfrazada contra un Estado o bloque hostil. No sería razonable, tampoco, tratar de defender una dependencia incondicionada, pues la presión política nacida de la aplicación colectiva de medidas tales como la ruptura de relaciones diplomáticas o comerciales es indudablemente más eficaz que la suma simple de decisiones individuales<sup>47</sup>.

El límite en el control del CSNU sobre las actividades de los organismos regionales en el mantenimiento de la paz y seguridad internacional se halla en el ejercicio del derecho de legítima defensa colectiva del artículo 51 de la CNU<sup>48</sup>. Ante un ataque armado contra uno de sus miembros, la Organización regional podrá recomendar o decidir las medidas que estime oportunas de acuerdo con su estatuto para repeler la agresión, poniéndolas en conocimiento del CSNU<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> REMIRO BROTONS, A., Op. cit., pág. 209.

<sup>45</sup> La prohibición, conjugada con la Resolución de la AGNU 3314 (XXIX) sobre la definición de la agresión, comprende tanto el recurso a la fuerza armada, como también a la fuerza no armada al servicio de la intervención.

<sup>46</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. (1989), Derecho Internacional Público, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pág. 46.

<sup>47</sup> Nótese que la sanción regional puede ser estatutariamente obligatoria incluso para los Estados miembros que se han opuesto a su adopción.

<sup>48</sup> «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

<sup>49</sup> Entre otras, la Carta de la OEA asegura que «Toda agresión de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado Americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados Americanos. Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado Americano fueren afectadas por un ataque armado o por una agresión que no sea ataque armado, o por un conflicto extra

A pesar de la aparente sofisticación del mecanismo fiscalizador, no son pocas las fallas del sistema que amenazan constantemente con poner en peligro el esquema de seguridad colectiva pergeñado por la CNU. Así, tal y como expone REMIRO BROTONS, un miembro permanente del Consejo de Seguridad, hegemónico en una Organización regional, podría conjugar su doble condición de actor para, iniciada la acción defensiva, vetar cualesquiera resoluciones dirigidas a hacerse cargo de una situación que el miembro permanente, especialmente interesado, prefiere mantener alejada de las Naciones Unidas<sup>50</sup>.

Otra manifestación de la capacidad de maniobra de los organismos y acuerdos regionales en el contexto del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tiene su expresión en la facultad de preparar y ejecutar operaciones de mantenimiento de la paz sin autorización del CSNU, siempre que respeten sus presupuestos, recuérdense, el consentimiento de las autoridades locales, la función pacificadora y la marginación en la ejecución de la operación de los Estados con intereses especiales en la situación; pues, adviértase, estas acciones no son propiamente coercitivas. Y, nuevamente aquí, bien sea separándose del mandato de la operación, bien sorteando los presupuestos que la sostienen, ocurre que, en ocasiones, se pretende hacer pasar como fuerzas de paz, otros contingentes que no lo son<sup>51</sup>. De esta manera, los organismos regionales particularmente los de dominación<sup>52</sup>, han podido sustentar la pretensión de aislar a la ONU de aquellas controversias, situaciones, conflictos y problemas políticos y de seguridad de la región en cuestión, afirmando su prioridad y hasta, excepcionalmente, su monopolio<sup>53</sup>, mediante una interpretación desorbitada del art. 52. 2 y 3 de la Carta, según la cual los miembros de tales organismos harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local en el ámbito regional antes de someterlas al CSNU<sup>54</sup>.

Según advierte REMIRO BROTONS<sup>55</sup>, y sin perjuicio del papel principal e inmediato de los organismos regionales en el arreglo de las controversias locales,

---

continental o por un conflicto entre dos o más Estados Americanos o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, los Estados Americanos en desarrollo de los principios de la solidaridad continental o de la legítima defensa colectiva, aplicarán las medidas y procedimientos establecidos en los tratados especiales, existentes en la materia» (vid. artículos 27 y 28).

<sup>50</sup> REMIRO BROTONS, A., Op. cit., pág. 210.

<sup>51</sup> Cítese, a título de ejemplo, la constitución por la Liga Árabe de La Fuerza Árabe de Disuasión para ofrecer cobertura a la ocupación unilateral de parte del territorio libanés por el ejército sirio. *Ibidem*.

<sup>52</sup> Entendidos como aquellos que integran, entre sus miembros, a alguno de los miembros permanentes del CSNU. Piénsese en la OTAN, la OEA o la Comunidad de Estados Independientes. En este punto se descubren las ventajas que una Organización regional puede reportar a un Estado que, por su poder, consiga dominarla. En el CSNU, buscaría la destrucción de la política del adversario; en la organización regional, la realización de la política propia. En la medida en que ésta respalde al Estado en situación de hegemonía, entonces el análisis jurídico de su comportamiento pasaría de la eventual infracción de las obligaciones de la Carta por un miembro de las ONU a la determinación de las relaciones entre la ONU y la organización regional en el mantenimiento de la paz y seguridad de conformidad con el Capítulo VIII de la CNU.

<sup>53</sup> REMIRO BROTONS, A., Op. cit., pág. 211.

<sup>54</sup> Cuando en 1954 Guatemala solicitó la convocatoria del CSNU denunciando que era objeto de actos de agresión, el representante norteamericano se opuso al examen de la cuestión, apoyándose en el artículo 52.2 de la Carta y en tanto la OEA no hubiese llegado a una decisión. La cuestión guatemalteca fue suprimida del orden del día y poco después el gobierno constitucional de Guatemala fue derribado.

<sup>55</sup> REMIRO BROTONS, A., Op. cit., pág. 214.

no debe soslayarse la obligación primaria que sujeta a la ONU de mantener la paz y la seguridad internacionales. Esta tarea, avisa el Profesor, *«no conoce fronteras geográficas»* y que, conforme al artículo 24 de la CNU, se ha atribuido al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de impulsar y sostener el sistema de seguridad colectivo. La utilización de los organismos regionales puede ser oportuna, pero sería contrario al espíritu y a la letra de la CNU pretender que tales organismos disfrutaran de una competencia forzosa en primera instancia para conocer de los conflictos regionales susceptibles de poner en peligro la paz y seguridad internacional<sup>56</sup>. El riesgo evidente que entraña esta práctica es que *«los organismos regionales se convierten en instrumentos de intervención, socavan la soberanía de los Estados miembros y la libre determinación de los pueblos y perturban la paz y seguridad internacional»*<sup>57</sup>.

## VI. ACUERDOS U ORGANISMOS REGIONALES Y OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Dejando ya de lado, en este punto, las complicadas relaciones funcionales trabadas entre el ámbito institucional universal y local y, en particular, las aventuras en solitario emprendidas, con fines a veces espurios, por los acuerdos u organismos regionales; pudiera mostrarse, aun someramente, el envés de aquella relación, que demuestra las oportunidades cooperativas en la sociedad internacional organizada para el aseguramiento y el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

El Comité Especial para Operaciones de Paz<sup>58</sup>, elaboró en 1999 el documento *«Examen amplio de todas las cuestiones de las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos»*<sup>59</sup>, en el que pormenoriza los aspectos técnicos y operativos que gravan la acción conjunta entre la ONU y los organismos regionales. De todos los principios y consideraciones que integran su contenido, destacan:

1. Al CSNU le corresponde la responsabilidad primaria de mantener la paz y la seguridad internacionales.
2. Los organismos regionales comparten aquella responsabilidad en lo que atiene al manejo de conflictos regionales.

---

<sup>56</sup> En 1965, cuarenta mil soldados norteamericanos desembarcaron en la República Dominicana bajo el distintivo y el mandato de la OEA. La estrategia norteamericana de embarcar a la OEA en una intervención que sólo servía para satisfacer sus intereses políticos en la región, fue un éxito. Efectivamente, en el CSNU se habló menos de la ilícita conducta estadounidense y más de la legalidad o no de la Fuerza en el marco de las relaciones de la OEA con la ONU.

<sup>57</sup> REMIRO BROTONS, A., Op. cit., pág. 216.

<sup>58</sup> Creado mediante la Resolución 2006 (XIX) de la AGNU, el 18 de febrero de 1965. El Comité llevó a cabo un examen amplio de todos los aspectos de las operaciones del mantenimiento de la paz. Presenta regularmente informes acerca de la labor realizada a la AGNU a través de la Comisión Política Especial y de Descolonización.

<sup>59</sup> Organización de las Naciones Unidas, Examen amplio de toda la cuestión de las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos, 23 de junio de 1999, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/54/87>, 29 de septiembre de 2010, 11 horas.

3. Existencia de un mandato conciso y claro.
4. Necesidad de promover consultas tempranas y compartir información, durante y después de la misión<sup>60</sup>.
5. Cooperación basada en las ventajas comparativas y eliminación de la duplicidad de competencias funcionales.
6. Entendimiento común en doctrina básica, reglas operacionales y reglas de enfrentamiento<sup>61</sup>.
7. Alto grado de organización, entrenamiento y capacidad logística como requisito para el éxito de los esfuerzos empeñados.
8. Prioridad del respeto de los derechos humanos y de los principios del derecho internacional humanitario.

Tradicionalmente se han distinguido las siguientes modalidades de interacción<sup>62</sup>:

1. El apoyo operacional, que se materializa en medidas de naturaleza militar, mediante el despliegue de fuerzas dotadas de cierta potestad coercitiva sustentada en un mandato del CSNU de conformidad con el Capítulo VI de la CNU y, en menor medida, en virtud del Capítulo VII<sup>63</sup>.
2. Co-despliegue, que implica aquellas operaciones en las que se despliega una fuerza bajo mandato de la ONU y, junto a ella, lo hace una fuerza bajo el control de un órgano regional<sup>64</sup>.
3. Operaciones Conjuntas, o aquellas operaciones de mantenimiento de la paz en que la ONU y los acuerdos u órganos regionales comparten el mando, el control y la ejecución de las diferentes funciones de la misión.

---

<sup>60</sup> Estableciendo canales para la comunicación regular entre el Secretario General de la ONU y los organismos regionales, que deben ser revisados periódicamente para mantener su eficiencia. También, mediante una célula planificadora que integre todos los posibles actores de la operación de paz, y establecida, en todo caso, en una etapa temprana.

<sup>61</sup> A través de un mecanismo de cooperación, en el cual estén al frente Oficiales de alto e igual rango. Una vez desplegada la operación de paz, considerar el establecimiento de un grupo de planeamiento estratégico, integrado por representantes de todas las principales organizaciones involucradas en la misión.

<sup>62</sup> United Nations Peacekeeping, <http://www.un.org/es/documents/>, Organización de las Naciones Unidas, 1 de octubre de 2010, 10 horas.

<sup>63</sup> Por ejemplo, el apoyo provisto por la Fuerza de Implementación y Estabilización Multinacional liderada por la OTAN (IFOR/SFOR) a la Administración de Transición de Naciones Unidas en Eslavonia Oriental, Baranja y Srijem occidental (UNTAES); para, entre otras cosas, supervisar y facilitar la desmilitarización, supervisar el regreso de los refugiados; contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad, establecer una fuerza de policía temporal, emprender tareas relativas a la administración civil y de los servicios públicos; organizar elecciones; y emprender otras actividades pertinentes para el acuerdo básico. UNTAES concluyó su mandato en enero de 1998, habiendo logrado su objetivo clave de reintegrar pacíficamente la Eslavonia Oriental, Baranja y Srijem occidental en Croacia.

<sup>64</sup> Opción implementada en Bosnia Herzegovina, donde la ONU y organismos regionales están co-desplegados con diferentes mandatos, pero con el propósito común de llevar la paz y estabilidad al país. La Misión de Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina (UNMIBH) incluye la Fuerza de Tarea Internacional de Policía (IPTF), que entre otras obligaciones, instruye a la policía local; la fuerza multinacional liderada por la OTAN (IFOR/SFOR), empeñada en contribuir al mantenimiento de un ambiente seguro; la OSCE, que presta asistencia electoral; y, en última instancia, la Unión Europea, entregada al asesoramiento para el desarrollo.

## VI. CONCLUSIONES

I. La primera tarea que debe abordarse tras la exposición de los fundamentos de la relación entre la ONU y los organismos regionales debe ser la de construir, con una pretensión orientadora y puramente didáctica, el concepto de «organismo o acuerdo regional»<sup>65</sup>. De tal forma, podemos definir un acuerdo u organismo regional, como aquel «*Sujeto de derecho internacional y acción regional, de naturaleza intergubernamental e institucionalizada, cuyos fines, variados y estatutariamente determinados, se materializan mediante fórmulas cooperativas a través de un cuerpo administrativo permanente*». En la medida en que tales organismos o acuerdos comprendan la implementación de medidas orientadas al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y al arreglo de las controversias de la misma naturaleza, se hallan entonces sujetos al régimen jurídico prescrito en el Capítulo VIII de la CNU, con los rasgos principales de acción local, asunción prioritaria del ajuste de las diferencias interestatales, subordinación al CSNU para cuanto atañe al empleo de la fuerza y complemento esencial para el adecuado ejercicio de la responsabilidad primordial de la ONU que se consigna, entre otros, en el artículo 4.1 de la CNU.

II. Los acuerdos y organizaciones regionales mantienen y acrecientan, en una Sociedad Internacional desbordada por los conflictos y las continuas amenazas a la paz y a la seguridad, su valía como instancias de solución de controversias entre Estados. En tanto que aquellas soluciones son planteadas por actores inmediatos, tienen muchas posibilidades de lograr un arreglo eficaz, adaptado a las circunstancias concurrentes y con vocación de permanencia.

III. En términos generales, la estructura de prevención y de gestión de conflictos de los acuerdos u organismos regionales se caracteriza por su diversidad, agilidad y flexibilidad, particularmente cuando se confronta con la de la Organización Universal.

IV. Si advertimos que la acción de la ONU es global, la contribución de los organismos regionales para el apaciguamiento de las discordias dentro de su ámbito espacial mitiga, sin duda alguna, el desgaste de los recursos, políticos y materiales, que sufre la ONU cuando aborda, en solitario, misiones de mantenimiento de la paz de cierta envergadura.

V. Vencidas las dificultades de la segunda posguerra mundial, los mecanismos asociativos entre las organizaciones de uno y otro ámbito, regional y universal, se han consolidado y transcurren, ordinariamente, por cauces cooperativos; asumiendo cada uno de los sujetos internacionales participantes tareas diversificadas dentro del mismo escenario del conflicto, aprovechando, en tal trance, sinergias y capacidades complementarias hábiles para sofocar los focos de tensión desde distintas perspectivas.

VI. A pesar de los progresos registrados, resulta indisponible seguir abundando en la mejora de la coordinación, para evitar la superposición y duplicación de esfuerzos, mediante la elaboración de mecanismos y procedimientos administrativos y logísticos eficaces; apostando por cambios estructurales que mejoren la capacidad de

---

<sup>65</sup> Ciertamente, si ni la doctrina más autorizada, ni los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, han asumido el reto de ofrecer un concepto jurídico del particular, la iniciativa del autor debe limitarse, según lo referido, a una definición simplemente ilustrativa del fenómeno que se estudia.

la ONU para la planificación, la conducción y el apoyo efectivos a las operaciones de mantenimiento de la paz.

VII. Es evidente, aún hoy, la necesidad de fortalecer el papel de los organismos y acuerdos regionales en el continente africano, particularmente el de la Unión Africana. Para ello es indispensable incrementar la capacidad colectiva de los países de África para participar en operaciones de mantenimiento de la paz y depurar el mecanismo de prevención, gestión y solución de conflictos de la Unión Africana; fundamentalmente, a través de la asistencia financiera y técnica. Se trataría, en definitiva, de lograr la equiparación de aquel organismo regional con sus homólogos europeos, asiáticos y americanos.

VIII. La última reflexión va dirigida a matizar aquellas conclusiones que desprecian, por inane, el sistema de seguridad colectiva construido por la CNU. Ni el reconocimiento de la legítima defensa como causa de justificación del uso de la fuerza en el marco de la ONU, ni el empleo de los organismos regionales en tareas de mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales; abren una grieta en los procedimientos contenidos en las Capítulos VI y VII. A falta de la celebración de los convenios especiales de que trata el artículo 43 de la Carta, los órganos de la ONU y, principalmente, su Consejo de Seguridad, han utilizado mecanismos alternativos, algunos expresamente recogidos en el texto, otros resultado de una interpretación integradora de la Carta; que permiten afrontar el propósito consignado en su artículo 1.1 con suficientes garantías. Al margen de la legítima defensa, cuya glosa no corresponde aquí, los instrumentos del Capítulo VIII de la CNU se han revelado ciertamente eficaces, con una contribución neta al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales por medio de la acción regional, a veces, coordinada; otras, en régimen de subordinación; en otras muchas, en comandita con la ONU, pero, salvo contadas excepciones, con respeto pleno al acervo de la CNU.

## **4. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS FAS COMO PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN: EL SINGULAR ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR COMO FUNDAMENTO DELIMITADOR DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**

*José Miguel González Reyes  
Capitán Auditor*

SUMARIO: I. Aproximación y presupuestos del Derecho administrativo militar y la organización castrense. 1.1. Concepto y fundamentación del Derecho militar. 1.2 El Derecho militar no es derecho excepcional o extraordinario. II. La caracterización jurídica de las FAS como parte de la administración. 2.1. Las posiciones institucionalistas y administrativistas. 2.2 La Administración militar como Administración especial. III. La función pública militar. 3.1 La actividad militar como servicio público y la Defensa Nacional. 3.2 Matices y sutilezas diferenciadoras entre la función pública militar y la función pública civil. 3.3 El funcionario militar. IV. Configuración del régimen estatutario especial del funcionario militar. 4.1. El estatuto de los militares. 4.2 Posibilidad y vertebración de la teoría de las relaciones especiales de sujeción en la función pública militar. V. Conclusiones

### **A MODO DE INTRODUCCIÓN**

El presente estudio tiene por objeto el análisis de las vicisitudes de una de las ramas más características del ordenamiento castrense como es el Derecho administrativo militar. En este viaje de aproximación en torno a su naturaleza y fundamento nos proponemos mostrar, siquiera sea, un breve esbozo sobre la singular configuración de la función pública militar y el peculiar estatuto de sus miembros, de cuya consideración se vertebran algunas de las excepciones más estridentes al régimen de derechos fundamentales contemplados en nuestro ordenamiento constitucional.

## I. APROXIMACIÓN Y PRESUPUESTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO MILITAR Y LA ORGANIZACIÓN CASTRENSE

### 1.1. Concepto y fundamentación del Derecho militar

Señala Esteban Ramos que en la expresión Derecho militar hay siempre un sentido un poco equívoco, pues cuando se emplea parece siempre querer hacerse referencia al Derecho penal militar, o incluso al Derecho procesal penal militar. Así, si en Derecho militar se produce ese desajuste (entre el nombre y su concepto) alguna razón debe haber para ello y esa razón trae su causa *«en que el actual contenido del Derecho militar es residuo, por violenta extirpación, de una rama en otro tiempo espléndida del Derecho donde su mutilación la hace funcionar defectuosamente y ofrecer, ante los ojos del vulgo o del jurista no encariñado con ella, extrañas e inexactas perspectivas»*<sup>1</sup>.

Son muchas las definiciones que han querido darse al Derecho militar. Unas ponen el énfasis en el Derecho relativo a la organización militar y la guerra. Para otros, simplemente, el Derecho militar sería un Derecho público interno manifestación de la expresión jurídica de todo el conjunto de la fuerza armada<sup>2</sup>. En la aproximación de su concepto, De Querol y Durán ha señalado no obstante que el Estado, para poder cumplir con su misión genérica de defensa y seguridad, requiere de unos medios eficaces para repeler los ataques contrarios a sus fines, siendo la sociedad, dada la necesidad de salvaguardar su defensa, la que crea instituciones de fuerza. Aquella fuerza organizada, encarnada en los Ejércitos aparece en la Historia desde los tiempos más remotos coincidiendo en su origen con la organización política del Estado. Con la aparición de los Ejércitos permanentes su misión se conformó en una función normal de aquella organización políticamente organizada donde *«su satisfacción es la condición de éxito de la actividad toda del Estado»*<sup>3</sup>. Así considerado, el Derecho militar se nutre en concepción del principio de necesidad, esto es, la necesidad de defender eficazmente el Estado<sup>4</sup>.

### 1.2. El Derecho militar no es derecho excepcional o extraordinario

Como quiera que sea, las FAS constituyen una institución del Estado, y como tal han de regirse por una reglamentación jurídica. De esta suerte, el conjunto de normas

<sup>1</sup> ESTEBAN RAMOS S. (1961), «Hacia un nuevo sentido del Derecho militar», Revista Española de Derecho Militar, núm. 11, págs. 89-100. pág. 89.

<sup>2</sup> GOMES CARNEIRO M. T. (1961), «Los elementos fundamentales del Derecho militar», Revista Española de Derecho Militar, núm. 12, págs. 181-206. pág. 186. Si bien la definición es dada por H. Arndt. Para Gomes Carneiro, el Ejército como organismo formada por grandes masas humanas dotado de todos los medios e instrumentos de agresión suministrados por la ciencia y la industria, y consagrado a la misión eminentemente política de defender al Estado, necesita tanto para constituirse como para mantenerse en condiciones de cumplir su cometido que el Parlamento lo encuadre en normas legales que dada la complejidad de las relaciones jurídicas creadas se extiendan a todos los campos del Derecho.

<sup>3</sup> DE QUEROL Y DURÁN F. (1948), Principios de Derecho militar español, Tomo I (Preliminares y Derecho orgánico judicial militar), Naval, Madrid, pág.17.

<sup>4</sup> Vid. COTINO HUESO L. (2002), El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pág. 509.

destinadas a dar seguridad a los fines esenciales y desarrollo de las actividades propias de las FAS, derivadas de la necesidad de la Defensa Nacional, constituyen un orden jurídico particular dentro del orden jurídico general del Estado: el orden jurídico militar<sup>5</sup>.

A la suma de todas las normas jurídicas de índole militar, ya sean orgánicas, procesales, penales o gubernativas, formuladas a través de los órganos legítimos se le conoce como Derecho militar y del cual, el que fuese Auditor de la Armada, hace la siguiente formulación: «*Derecho militar es el conjunto de disposiciones legales que regulan la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas, para el cumplimiento de sus fines, en orden a la defensa y servicio de la Patria*»<sup>6</sup>.

Con acierto, el profesor Cotino<sup>7</sup> ha matizado que el Derecho militar comprende y abarca diversas ramas jurídicas, en el marco del Derecho público, como lo es el Derecho constitucional miliar; el Derecho administrativo militar (como desarrollo de las disposiciones constitucionales mediante las que el Estado organiza y direcciona a sus FAS); el Derecho penal militar; el Derecho disciplinario militar; y finalmente un derecho jurisdiccional militar. A ello añade este autor la consideración de un Derecho moral o ético a partir de los postulados de las RROOFAS como veremos y la tradicional regulación y estudio del Derecho internacional de los conflictos armados<sup>8</sup>.

Este Derecho militar con sustantividad propia, a pesar de su singularidad no debe concebirse como un derecho excepcional, extraordinario o exclusivamente sectorial<sup>9</sup>. Muy al contrario se trata de un cuerpo normativo cuyo particularismo nace de su misma naturaleza siendo independiente al igual que ocurre con las otras ramas del Derecho. El hecho de que en las instituciones jurídico-militares exista, en ocasiones, evidente paralelismo con otras ramas del ordenamiento no obedece sino al intento consciente de mantener la autonomía respecto al Derecho general o si se prefiere – como señala De Querol– *conseguir que las leyes militares formen un cuerpo completo de disciplina que normalmente baste a la solución de todos los casos previsibles, sin necesidad de tener que acudir a los preceptos comunes para completarlas*<sup>10</sup>. Idea que ahonda sin duda en el carácter independiente y sustantivo del Derecho militar como pusiera de relieve el Consejero Togado Salcedo Ruiz<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> Ídem. pág. 18.

<sup>6</sup> DE QUEROL Y DURÁN F. (1948), op. cit. pág. 18.

<sup>7</sup> COTINO HUESO L. (2002), op. cit., pág. 428.

<sup>8</sup> La existencia del Derecho disciplinario militar nace de un cuerpo normativo que rige a una determinada especialización, en este caso, el régimen disciplinario militar de las FAS. De este cuerpo normativo, emana una potestad administrativa específica de carácter sancionador, que es la potestad disciplinaria militar, ejercida por una autoridad legitimada para velar por el cumplimiento de la Constitución, leyes y reglamentos militares, así como del cumplimiento exacto de las órdenes militares, la obediencia, subordinación, disciplina y lealtad, lo que configura la corporeidad del Derecho disciplinario militar.

<sup>9</sup> MANZINI V. (1932), *Diritto penale militare*, seconda edizione, Padova, pág. 2.

<sup>10</sup> DE QUEROL Y DURÁN F., op. cit. pág. 19.

<sup>11</sup> Vid. ampliamente SALCEDO RUIZ A. (1913), *Sustantividad y fundamento de Derecho miliar*. Discurso leído en el acto de recepción en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas, RACMP, 1913, pág. 31.

## II. LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS FAS COMO PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

### 2.1. Las posiciones institucionalistas y administrativistas

En torno a la naturaleza jurídica de las FAS la doctrina se halla fundamentalmente dividida en dos bloques: los partidarios de la tesis institucionalistas representada por Trillo Figueroa<sup>12</sup>, Serrano Alberca<sup>13</sup>, López Muñoz<sup>14</sup>, Casado Burbano<sup>15</sup>, López Garrido<sup>16</sup>, Jiménez Villarejo<sup>17</sup> y López Henares<sup>18</sup>, entre otros, la cual sostiene que las FAS son una institución del Estado, tanto en términos jurídicos como sociológicos, y que tienen una vinculación directa entre ellas y el pueblo gozando de un ordenamiento propios que justifica todas las especialidades de régimen jurídico, tanto organizativas como en relación con el personal sometido a disciplina militar.

Para el elemento personal, la consecuencia inmediata de la configuración institucional de las FAS es la existencia de una Función militar separada del régimen ordinario al tener un ordenamiento jurídico peculiar, debido a especialidades y peculiaridades que derivan de un ordenamiento jurídico específico, consecuencia de singularidades históricas ajustadas a concretos valores, principios y fines e incluso de una ética propia, siendo el funcionario considerado como un «profesional del status», vinculando su carrera a valores magnificados y difícilmente objetivables, tales como el honor, la disciplina, la decisión personal o la valentía<sup>19</sup>.

Frente a esta posición, se encuentra la tesis que concibe a las FAS simplemente como una Administración, sostenida inicialmente por Guaita Martorell<sup>20</sup> y seguida,

<sup>12</sup> TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE F. (1979), «Las fuerzas armadas en la Constitución Española (esbozo de una constitución institucional)», Revista Española de Derecho Militar núm. 38, págs. 67-103.

<sup>13</sup> SERRANO ALBERCA J. M. (1985), en «Comentarios al art. 8.» dentro de los Comentarios a la Constitución dirigido por Fernando Garrido Falla, Civitas, Madrid, págs. 117 y ss.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ J. L. (1988), «Fuerzas Armadas y Administración Pública», en Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, págs. 2699 y ss.

<sup>15</sup> CASADO BURBANO P. (1979), «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española», Revista Española de Derecho Militar núm. 3, págs. 7-92.

<sup>16</sup> LÓPEZ GARRIDO D. (1983), «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», Revista de Administración Pública núm. 100-102, págs. 949 y ss.

<sup>17</sup> JIMÉNEZ VILLAREJO J. (1983) «Algunos aspectos de la nueva organización militar de la jurisdicción militar», Revista Española de Derecho Militar núm. 53, págs. 11-26

<sup>18</sup> LÓPEZ HENARES V. (1965), «Administración militar», Revista Española de Derecho Militar núm. 19, págs. 71-78.

<sup>19</sup> Para NEVADO MORENO P. T. (1997), «El modelo de la función pública militar. Una reflexión sobre la Ley 17/1989, de 19 de julio, sobre régimen de personal militar profesional y normativa de desarrollo», en la obra colectiva DOMÍNGUEZ BERRUETA M. y otros, Constitución, policía y Fuerzas Armadas, Marcial Pons, Madrid, págs. 187-263, en concreto pág. 195. Para este autor, el mayor exponente de este paradigma se encuentra en el oficial africanista de principios de siglo en el que lo definitivo era el grado que ostentaba, fruto de la práctica de aquellos valores, sin entrar en consideración de aptitud o valor. Profesión militar que se asemejaba más a la religión de hombres honrados definida por Calderón.

<sup>20</sup> GUAITA MARTORELL A. (1952), «La Administración militar», Revista de Administración Pública núm. 7, págs. 105-122, en concreto pág. 108. Sobre este mismo tema y autor vid. Derecho administrativo especial (1965), Librería General, Zaragoza; Administración Pública y Defensa Nacional (1961), Presidencia del Gobierno, Madrid; y, «Los derechos fundamentales de los militares» (1989), en el Libro homenaje al profesor Villar Palasí, Civitas, Madrid.

posteriormente, por Barcelona Llop<sup>21</sup> y Blanco Valdés<sup>22</sup>. Para esta postura la referencia constitucional al Título Preliminar no puede desprender los efectos anteriormente citados por los que se llega necesariamente a una interpretación sistemática a partir del estudio integrado de los artículos 97 y 149 de la Carta Magna, de la que se infiere la plena integración de las FAS en el conjunto de la Administración del Estado bajo la dirección del Gobierno. Posición ésta que quiere asegurar con mayor contundencia que la institucionalista, la plena subordinación de las FAS a la supremacía del poder civil.

## 2.2. La Administración militar como Administración especial

Cabe inferir, *prima facie*, a las FAS como una parte de la Administración que bajo la dirección del Gobierno debe someterse a los principios constitucionales, esto es, sometidas a la CE y al Poder Civil<sup>23</sup>. Ahora bien, como ha puesto de relieve Blanquer Criado, que las FAS sean parte de la Administración no quiere decir que exista fundamento constitucional para exigir una absoluta homogeneización entre la Administración civil y la militar pues una cosa es que las FAS carezcan de unos principios autónomos, y otra distinta es que aunque se rijan por los mismos principios que la Administración civil, éstos puedan o deban modularse en su aplicación a la militar<sup>24</sup>.

El profesor Guaita considera a la Administración militar en su sentido amplio como la organización estática o territorial del Ejército, frente a las fuerzas

---

<sup>21</sup> BARCELONA LLOP J. (1986), «La organización militar, apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal», Revista de Administración Pública núm. 110, págs. 55-106.

<sup>22</sup> BLANCO VALDÉS R. (1988), La ordenación constitucional de la Defensa, Tecnos, Madrid, págs. 61 y ss.

<sup>23</sup> Vid. MORALES VILLANUEVA A. (1988), Administración policial española, San Martín, Madrid, págs. 106-109.

<sup>24</sup> BLANQUER CRIADO D. (1996), Ciudadano y Soldado. La Constitución y el servicio militar, Civitas, Madrid, pág.234. Para este autor las tendencias ocupacionales encuentran sus límites en la garantía ocupacional de eficacia administrativa y las tendencias institucionales tienen sus límites en el régimen de derechos fundamentales y libertades públicas establecido en la CE. No hay entonces obstáculo para afirmar que los Ejércitos no son más que una parte de la Administración del Estado, y al mismo tiempo que conserve unos rasgos institucionales que se ajusten a los principios constitucionales (no así al régimen jurídico concreto). No hay obstáculo constitucional que impida la existencia de un régimen de ascensos distinto al de la carrera de un funcionario civil o un régimen de viviendas diferentes, pero donde debe mantenerse el parangón es en los principios jurídicos y en los derechos fundamentales y libertades públicas. Vid. también PARADA VÁZQUEZ R. (1995), «Modelos de función pública y función pública militar» en la obra colectiva La función militar en el actual ordenamiento constitucional, Trotta, Madrid, págs. 19-66. Sobre la posición constitucional de las FAS puede verse GARRIDO FALLA F. (1985), «Comentario al art. 103» en Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid, págs. 1428-1429; LÓPEZ RAMÓN F. (1987), La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; CASADO BURBANO P. (1997) «La cobertura militar de los ordenamientos constitucionales», Revista de Derecho Público núm. 66, págs. 13-30; LÓPEZ GARRIDO D. (1983), «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», Revista de Administración Pública núm.100-102, Madrid, págs. 949-971; MOZO SEOANE A. (1995), «Las Fuerzas Armadas y su ordenamiento jurídico (Una lectura del debate sobre el art. 8 de la Constitución Española)», Revista Española de Derecho Militar núm. 65, págs. 609-629.

combatientes, que integran la organización dinámica o funcional. En esta visión, la Administración militar estaría integrada por la infraestructura de las FAS y a ella le correspondería la organización del personal o el suministro de medios para las fuerzas de combate. Por su parte, la Administración militar en sentido estricto sería la parte del Ejército que asegura el funcionamiento o adecuada actuación de las fuerzas combatientes, en una especie de actuación auxiliar a las órdenes de los mandos militares<sup>25</sup>.

De esta suerte, la Administración civil y la Administración militar integran la unidad superior de la Administración del Estado, esto es, una sola Administración que opera en dos ámbitos diversificados, explicándose de este modo el empleo de los dos términos sin caer en imprecisiones que pudieran inducir equívocamente la naturaleza no administrativa de las FAS<sup>26</sup>. Así, según la doctrina del Tribunal Supremo «dentro de la Administración del Estado no pueden considerarse la civil y la militar como dos compartimentos estancos e incommunicados, sino como dos esferas diversificadas de una misma administración, y la actividad de las Fuerzas Armadas está integrada en la administrativa general<sup>27</sup>».

En este contexto, el lector puede intuir sin gran esfuerzo el carácter especial de la Administración militar al igual que ocurre con la Administración exterior, financiera o judicial. Especialidad, por otra parte, que constituye materia de competencia exclusiva del Estado en los términos del art. 149.1 CE. Otros rasgos de especialidad vendrán determinados por el singular estatuto jurídico de sus miembros como veremos más adelante, el ejercicio de la actividad administrativa y el papel fundamental que en las FAS tiene encomendado la disciplina con la existencia de una jurisdicción *especializada* al efecto<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> MUÑOZ ALONSO J. M. (1988), *Derecho Administrativo Militar (Introducción. Organización administrativa)*, Vol. I. 82, Montecrovo, Madrid, págs. 155 y ss.

<sup>26</sup> Vid. arts. 25.3 CE y 26 CE.

<sup>27</sup> GUAITA MARTORELL A. (1989), «Los derechos fundamentales de los militares», ya citado pág. 579. Este autor invoca la STS de 4 de octubre de 1969.

<sup>28</sup> Vid. STC de 29 de julio de 1985 FD 4º. «Desde esta perspectiva, la conclusión a que se llega es que si bien el derecho constitucional que concede la acción penal directa puede soportar excepciones, como todo derecho, en virtud de la materia o por la preferencia que deba otorgarse a intereses, también constitucionalmente cubiertos, de condición prevalente, razón por la que no cabe tachar de inconstitucional el precepto contenido en el art. 452.2 CJM, cuando fallan, como aquí sucede, los presupuestos que justifican la excepción, es preciso corregir tal desequilibrio en defensa del principio constitucional de superior o igual valor que queda desamparado. De modo que si el art. 452.2 CJM, pese a estar en pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva enlazado al derecho enunciado en el art. 125 CE encuentra su convalidación constitucional en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1. CE, le asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados. Sin embargo, cuando tales principios y valores no se ven comprometidos, de suerte que la fisura abierta al reiterado derecho constitucional aparece falta de fundamento, se hace forzoso buscar una interpretación del art. 452.2 CJM que, sin cuestionar su naturaleza constitucional, lo cohoneste con aquel derecho».

Ahora bien, incardinar a la organización militar dentro de la Administración General del Estado como administración especial no es cuestión baladí, sino que tiene consecuencias trascendentales. Así, para López Sánchez decir que la Defensa Nacional es una función estatal es como decir que es función administrativa especial, porque desarrolla, en una parte esencial, la Administración militar, que es una Administración especial pero constituyéndose en una parte de la Administración General del Estado. De esta manera, en la Defensa Nacional no se puede negar la existencia de una actividad y de una organización administrativa en sentido material, si bien resulta difícilmente equiparable a una función administrativa en sentido estricto ya que carece del elemento teleológico de ésta. La consecuencia entonces de incardinar a las FAS dentro del régimen administrativo es que se le considere una parte de la Administración General del Estado, si bien puede requerir un tratamiento singularizado en algunos aspectos –al igual que ocurre en otras administraciones– y bien conocido es que las especialidades al ordenamiento jurídico militar acaparan algunas de las más características excepciones al régimen general de la Administración<sup>29</sup>.

### III. LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR

#### 3.1. La actividad militar como servicio público y la Defensa Nacional

Desde los comienzos de la Edad Contemporánea se ha considerado al Ejército como un instrumento al servicio del Estado, monopolizador de la fuerza, que proporciona la necesaria seguridad en el desempeño de los cometidos que tiene asignados donde el «Estado ha de realizar su destino» entendiéndose por fuerza armada la «universalidad de las fuerzas costeadas por el Gobierno, o la reunión de una parte de estas fuerzas con un objeto o destino especial», que no es otro que la Defensa del Estado y la conservación del orden interior<sup>30</sup>. Ocurre además, que el propio concepto de Administración militar ha de ser necesariamente puesto en relación con el concepto de Defensa Nacional como se desprende de la propia configuración del art. 97 CE y la LO 5/2005 de Defensa Nacional que en sus misiones coinciden con la previsión del art. 8.1 CE.

De lo anteriormente expuesto, se podría llegar a pensar, en un primer momento, que el concepto de defensa entendida como defensa armada o militar puede constituir el fin primario del Estado precediendo a cualquier otra función u objeto, concepción que requiere entonces ser matizada en términos constitucionales como veremos más adelante. Sin embargo, es pacífico hoy en día concebir que la defensa militar es uno de los fines primarios del Estado ya que el Estado en primer lugar ha de garantizar su existencia<sup>31</sup>, confirmando sobradamente esta afirmación la previsión del art. 8 de nuestra Carta Magna y esta misión de Defensa Nacional debe ser concebido nece-

<sup>29</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2007), La protección penal de la disciplina militar, Dykinson, Madrid, págs. 24 y ss.

<sup>30</sup> GARCÍA OVIEDO A., y MARTÍNEZ USEROS E. (1968), Derecho administrativo, acción administrativa especial y justicia administrativa, Edersa, Madrid, pág. 481.

<sup>31</sup> Así, de todos los sistemas organizativos que integran el Estado, éste dispone de una especial organización armada, definida como Ejército o Fuerzas Armadas, y destinada a garantizar la existencia misma

sariamente como un servicio público como sostienen entre otros García Oviedo<sup>32</sup> o Guaita Martorell<sup>33</sup>.

En cualquier caso, la consideración de la Defensa Nacional como servicio público reviste especiales caracteres como es la dificultad de apreciar la actividad prestacional de la Administración y de la que el Estado es el principal beneficiario, siendo la recepción de aquella intervención por el ciudadano meramente indirecta. Así concebida, el principal destinatario de dicha actividad es el Estado en su conjunto de modo que los ciudadanos sólo recibirían de forma indirecta la relevancia del mismo.

Sirva para salvar este obstáculo, no obstante, la reflexión de Barcelona Llop de acuerdo con la cual «las FAS atienden antes a los intereses estatales que la colectividad, y en este punto de no coincidencia es donde se halla la especialidad servicial de la organización militar»<sup>34</sup>. Es más, frente a esa aparente contradicción, en este servicio público la implicación de los ciudadanos interesados se interrelaciona con el mismo mediante una serie de deberes y obligaciones cuya más evidente manifestación es la obligación del ciudadano de prestar el servicio de armas en defensa de la Patria y en el seno de la organización militar.

### **3.2. Matices y sutilezas diferenciadoras entre la función pública militar y la civil**

La promulgación de la Ley de la Carrera Militar<sup>35</sup> ha suscitado un especial interés en la configuración jurídica de la profesión militar y su definitiva ubicación en la organización en la cual presta servicios, en el contexto de redefinición de las FAS bajo el principio fundamental de adecuación de las FAS y sus servidores al orden constitucional<sup>36</sup>.

Los primeros criterios delimitadores de la función militar apuntan a la necesaria coherencia de concebir a aquella como una actividad de interés público, por lo que la utilización del concepto de función pública militar supone el previo reconocimiento de la existencia de un servicio público, subordinado al bien común, del que se benefi-

---

del Estado aportando la necesaria seguridad y defensa frente a posibles agresiones, sin perjuicio de que les sean otorgados otros fines distintos.

<sup>32</sup> GARCÍA OVIEDO A. (1968), op. cit., págs. 971 a 974.

<sup>33</sup> GUAITA MARTORELL A. (1966), Derecho Administrativo Especial, op. cit., págs. 65 y ss. La finalidad de las FAS se expresa en las misiones encomendadas en el texto constitucional y su última razón de ser es la defensa militar de España, por lo que la eficacia en el empleo de los medios es un imperativo exigido por la trascendencia de estas misiones, siendo la legislación específica militar digno acreedor en el afán de la consecución de esa eficacia.

<sup>34</sup> BARCELONA LLOP J., loc.cit., pág. 65. Para este autor la consideración de la Defensa Nacional como servicio público no se encuentra exento de algunas dificultades, siendo la más evidente de todas la dificultad de observar la actividad prestacional de la Administración, que es la forma más originaria de prestación del servicio público en su configuración ordinaria.

<sup>35</sup> Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007).

<sup>36</sup> Vid. en este sentido la reflexión de NEVADO MORENO T. (1997), op. cit., pág. 180.

cia la sociedad en su conjunto, y dirigida esencialmente a cumplir con los fines enunciados en el art. 8.1 CE, es decir, la Defensa y Soberanía e Independencia del Estado, servicio que dado sus peculiaridades obliga a un especial tratamiento de los elementos personales que la componen.

Esa singularidad es lo que justifica que la función pública militar se vea revestida en el tratamiento de sus servidores de una normativa reguladora propia pese a encuadrarse por mandato legal en la función pública (ordinaria) y ajustarse a los principios inspiradores de ésta<sup>37</sup>. En este sentido, se expresaba en preámbulo de la hoy derogada Ley 17/1989 al indicar que «la función militar debía ser considerado como una parte de función pública si bien dadas las obvias particularidades (...) su regulación debe ser objeto de un tratamiento específico matiz que prácticamente ha pasado desapercibido al legislador ya que el desarrollo normativo de la ley ha estado mediatizado por la idea de ajustar y homogeneizar al máximo la función civil y la función militar».

### 3.3. El funcionario militar.

La importancia en la utilización del concepto aludido –función pública militar– radica en la posibilidad de considerar a los medios personales de ese servicio público, independientemente del sentido que por mano del legislador pueda adquirir en cada momento histórico, como funcionarios públicos militares. Ahora bien, como apunta López Benítez, los militares por sus hondas raíces históricas, de un lado, y la especificidad de sus misiones, de otro, se convierten en una clase particular de funcionarios que se adornan como dijera Laband, de un *ius singulare*, frente al resto de funcionarios estatales<sup>38</sup>.

Llegado a este punto, no es difícil atribuir al personal integrante de la organización militar, sin objeción, el carácter de servidor público, como agente del Estado a quien se le va a encomendar la consecución de los resultados propios del servicio definido teniendo presente que cuando en él se reúnan los rasgos de permanencia, profesionalidad, desempeño de vacante dotada presupuestariamente, esto es, todos los elementos condicionantes, exigidos por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, habría de ser considerado un funcionario y, concretamente un funcionario público militar. De acuerdo con ello, Carrión Moyano indica que «sin perjuicio de las peculiaridades que impone su aplicación a la instituciones arma-

---

<sup>37</sup> CASAUX RODRÍGUEZ E. (1987), «Aproximación al concepto de Función Militar», Revista de Aeronáutica y Astronáutica núm. 561, págs. 890-892.

<sup>38</sup> En la concepción de Laband el *ius singulare* se componía no sólo de especiales cargas, sino también de singularizados privilegios como una jurisdicción particular, un lugar de sumisión judicial o la inembargabilidad de sus sueldos. Vid. LÓPEZ BENÍTEZ M. (1994), Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Civitas, Madrid, págs. 497 a 569, sobre los derechos fundamentales de los militares y en particular la página 497 y la nota 152. De este mismo autor puede verse «Más allá de la disciplina. Reflexiones sobre los límites de aplicación del Derecho Disciplinario Militar» (1991), en la obra colectiva Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho, t.I, Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba.

das, el estudio teórico de funcionario militar esencialmente del que se refiere al funcionario civil; se han considerado acaso, sin gran detenimiento, como compartimentos estancos, realidades que, por el contrario, no son sino aspectos de un mismo problema delimitado por la existencia, cada vez más señalada de la Unidad de la Administración<sup>39</sup>».

Resulta comprensible entonces, que los elementos personales que conforman esa organización reciba también el carácter de servicio público en tanto como agentes del Estado se les encomienda la ejecución del servicio definido y en tanto que miembros de aquel deban de ser considerados funcionarios y, más concretamente, reciban la consideración de funcionario público militar<sup>40</sup>.

Es necesario advertir, no obstante, que el acceso a la función pública militar se concibe como un llamado vocacional en los términos de igualdad, mérito y capacidad y demás principios rectores de acceso al empleo público, no pudiéndose concebir la voluntariedad como argumento para sostener el recorte de derechos y libertades como ha pretendido algún sector de la doctrina<sup>41</sup>. Por todo ello, se ha concretado el concepto y régimen jurídico de función pública militar en el sentido de comprender dentro de la misma la regulación del Derecho público relativo al régimen al que están sometidas las FAS en su condición de servidores públicos<sup>42</sup>.

En relación a lo anterior, de la aproximación en el régimen de la función pública militar a la civil ha dado buena cuenta la previsión legislativa de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar que en su art. 5 viene a establecer la adaptación para los militares de los principios y normas de aplicación a los funcionarios al servicio de la Administración General del Estado establecidos en el Estatuto Básico del Empleado Público que regula la Ley 7/2007, de 12 de abril; principios, que se incorporarán al régimen del personal militar profesional a través de las oportunas adaptaciones reglamentarias «*siempre que no contradigan su legislación específica*»<sup>43</sup>. Por su parte, la nueva regulación de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas,

---

<sup>39</sup> CARRIÓN MOYANO E. (1964), «El militar como funcionario público», Revista Española de Derecho Militar núm. 18, págs. 37-46, pág. 37.

<sup>40</sup> Vid. la disgregación realizada por Nevado Moreno en la obra ya citada pág. 191.

<sup>41</sup> En este sentido la crítica de PEÑARRUBIA IZA J. M<sup>a</sup>. (2000), Presupuestos constitucionales de la función militar, CEPC, Madrid, pág. 91 cuando señala «... la falta de una explicación constitucionalmente sostenible llevaría a la circunstancia de que las peculiaridades limitaciones de los derechos fundamentales que tiene los militares no están contempladas en la Constitución que sólo contiene como limitaciones expresas para los militares las mencionadas expresamente en aquel texto huelga, reunión, etc.».

<sup>42</sup> De dicha concepción es posible advertir una dimensión objetiva y otra subjetiva. Así, en sentido subjetivo, la función pública militar sería el conjunto de personas que, sometidas a la disciplina militar, prestan sus servicios de manera voluntaria en una organización militar, ya sean las FAS o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. En sentido objetivo, la función pública militar es aquella función prestada por el Estado para la salvaguarda de la independencia y soberanía nacional y Defensa por medio de la organización militar, esto es, para salvaguardar los fines del art. 8.1 CE. Véase esta posición en MUÑOZ ALONSO J. M. (1989), ya citado, pág. 151.

<sup>43</sup> El art. 4 apartado d) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público determina en su art. 4 que las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicará directamente cuando así lo disponga su legislación específica al personal militar de las Fuerzas Armadas.

Real decreto 96/2009, de 6 de febrero, ha previsto en su Título Preliminar (art. 5), que el militar en su actuación habrá de comportarse como servidor público debiendo actuar conforme a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, transparencia, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental.

En definitiva, podríamos concebir al funcionario militar como aquel funcionario que participa de forma directa en la consecución del fin último de la Administración Militar, como es la Defensa Nacional, rasgo que lo define y diferencia a la vez de aquellos otros que, prestando sus servicios en el ámbito castrense de la Administración, no adquieren la calificación de tales al desempeñar funciones meramente auxiliares al fin aludido<sup>44</sup>, o si se prefiere que «sólo cumplen funciones coadyuvantes o cuando aquel fin no exige por naturaleza la calificación de estatus militar<sup>45</sup>».

#### **IV. CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO ESPECIAL DEL FUNCIONARIO MILITAR**

##### **4.1. El estatuto de los militares**

Como ha señalado con acierto el profesor Peñarrubia Iza<sup>46</sup> existe una circunstancia real en todos los ordenamientos que consiste en que el Derecho contempla un especial estatuto para los militares, cuestión que invariablemente se relaciona con lo que el Derecho administrativo denomina relaciones especiales de sujeción. La forma y posibles limitaciones con que los miembros de las Fuerzas Armadas pueden ejercer los llamados derechos fundamentales viene a configurar un importante aspecto del estatuto del militar consecuencia de su peculiar consideración de funcionario.

Los aspectos estatuarios de la función militar hay que buscarlos en la Carta Magna y en las RROOFAS, en la Ley de la carrera militar, definitiva del marco estatutario administrativo del militar, en la leyes penal y disciplinarias, como expresión de un régimen jurídico y disciplinario singular, que configura un instrumento coactivo

---

<sup>44</sup> NEVADO MORENO P. (1997), op. cit., pág. 203.

<sup>45</sup> MUÑOZ ALONSO J. M. (1988), Derecho Administrativo Militar (Introducción. Organización administrativa), Vol. II., Montecrovo, Madrid, pág. 82.

<sup>46</sup> PEÑARRUBIA IZA J. M<sup>a</sup>, op. cit., págs. 89 y ss. Así, el TC ha venido aceptando la existencia de ciertos límites a los derechos fundamentales, en cuanto estarían unidos de manera intrínseca al ejercicio de dichos derechos y vendrían a ser necesarios para proteger otros derechos constitucionales y determinados valores constitucionalmente protegidos. En este sentido, el TC ha asumido la doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los límites inmanentes, determinados por la interrelación de la regulación de los derechos fundamentales con el complejo total del ordenamiento jurídico, circunstancia que motiva la admisión de la limitación de ciertos derechos sobre una base subjetiva, es decir, considerando ciertos bienes constitucionalmente relevantes en relación con la situación jurídica de algunas categorías particulares de ciudadanos. Se ha admitido expresamente por nuestro TC la imposición de limitaciones particulares a determinados grupos de personas que están sometidas a una relación especial de sujeción, como los militares o los funcionarios.

peculiar para asegurar ciertos aspectos estatutarios como son la salvaguarda de los principios de jerarquía, disciplina y unidad en las Fuerzas Armadas.

Señala la doctrina que la legislación española postconstitucional, desde la Ley de las Reales Ordenanzas hasta las Leyes Orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales y, muy especialmente, las Leyes Orgánicas Disciplinarias –tanto la general como la específica de la Guardia Civil–, la Ley del Servicio Militar y el Código Penal Militar, establecen muchas más restricciones a casi todos los derechos fundamentales recogidos por la Constitución. Del mismo modo que en otras leyes, de carácter ordinario, han sido previstas otras limitaciones expresas a otros derechos no fundamentales constitucionalmente consagrados, sobre todo en la legislación que regula el estatuto funcional de los militares. Pues bien, ante esta realidad, debemos encontrar una explicación doctrinal, teórica, que pueda sustentar estas peculiaridades de régimen jurídico que significa en muchas ocasiones verdaderas restricciones o limitaciones a los derechos de los militares<sup>47</sup>.

Este estatuto militar puede entenderse como la necesaria posición que la persona ocupa en la sociedad dentro de un grupo social o cualquier situación referida a alguien dentro de un determinado marco de referencia. Para Gómez Martínez<sup>48</sup> el estatuto es una concreción del *status* que está ligado a la condición militar, que fija su posición en la sociedad, en tanto que estatuto viene a ser el régimen jurídico que le es propio y aplicable a razón de ese *status*.

La acentuada situación de dependencia se inicia con el compromiso de defender a España, como deber esencial y a riesgo de la propia vida, compromiso que se materializa en el carácter exclusivo de la prestación<sup>49</sup>, siendo notas significativas de esta peculiar relación la permanente disponibilidad para el servicio, y la puntual observancia de las órdenes y deberes militares, la existencia de un estatuto de libertad limitada imponiendo el deber de residencia y comunicación a sus mandos, indeterminación de las prestaciones, intensidad de las intervenciones coactivas, obediencia primada, voluntariedad en la prestación, duradera y efectiva inserción del administrado, finalidad de eficacia administrativa como justificación de la relación, régimen jurídico y disciplinario peculiar.

La regulación del estatuto militar deriva de la propia CE en la que se determinan limitaciones específicas. Para López Benítez<sup>50</sup>, las misiones del art. 8.1 de la CE configuran la base sustentadora del estatuto militar aunque su indudable (no exclusiva) vertiente de Administración Pública, obligará a que las FAS amolden su actividad a los principios generales que rigen ésta, de manera que mientras algunos resultan de difícil aplicación, otros como la jerarquía, lo serán más intensamente y el binomio

---

<sup>47</sup> PEÑARRUBIA IZA J. M<sup>a</sup>. (2000), op. cit., págs. 90 y 91.

<sup>48</sup> GÓMEZ MARTÍNEZ R. (2008), El estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera en España, Universidad de Granada, Granada, págs. 293 y ss.

<sup>49</sup> Al primer y fundamental deber del militar, la defensa de la Patria, se refiere el art. 3 del RD 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

<sup>50</sup> LÓPEZ BENÍTEZ M. (1994). Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Civitas - Universidad de Córdoba, Madrid, págs. 497 y 498.

finés-principios (art. 8.1 y 103.1 CE) perfilará el alcance de los derechos fundamentales de los militares.

#### **4.2. Posibilidad y vertebración de la teoría de las relaciones especiales de sujeción en la función pública militar.**

La organización militar ha constituido tradicionalmente un feudo de las relaciones especiales de sujeción donde, es posible conjeturar un antecedente remoto de las mismas en la relación de vasallaje medieval, en las que se confundían las posiciones del vasallo y subordinado con las del señor y jefe militar de la hueste.

Son muchos los estudios existentes en la doctrina española sobre la sustancia de las relaciones especiales de sujeción si bien es necesario señalar que no hay acuerdo ni siquiera en la denominación que a las mismas ha de darse<sup>51</sup> o si se tratan de relaciones de especial sujeción o de relación especial. De esta manera, no hay un concepto mayoritariamente asumido por la doctrina, y ésta se ha esforzado en descripciones del fenómeno, dando notas o características siendo reacia a ofrecer definiciones acabadas y los que se atreven lo hacen con reservas, conscientes de sus insuficiencias. Ante este panorama Gómez Martínez<sup>52</sup> se pregunta si se puede dar una definición única o si habrá tantas como relaciones especiales de sujeción, por lo que parece que habrá que conformarse con descubrir las líneas maestras de la categoría que basten para identificar la existencia de una relación especial de sujeción con claridad y fundamento en el ámbito castrense, que es el que nos interesa.

Sin ánimo de dar una definición precisa<sup>53</sup>, la mayoría de los autores han abordado la cuestión de su definición en torno a la existencia de potestades domésticas de la Administración, a la dependencia, el contacto próximo o la inserción del sujeto en la organización administrativa tomando como punto de referencia la necesidad de atender a determinados fines y la correlativa limitación que experimenta la esfera

---

<sup>51</sup> GALLEGO ANABIARTE A (1961), Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración, Revista Española de Administración Pública núm. 34, págs. 11-52, si bien refiere la relación especial de sujeción al traducir «besonderes Gewaltverhältnis»; GARCÍA DE ENTERRÍA E. y RAMÓN FERNÁNDEZ T, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1992, t. II, págs. 19 y ss., habla relaciones de supremacía especial; para LÓPEZ BENÍTEZ M., op. cit., págs. 167 y ss. considera en la expresión relación especial de sujeción y otras similares encierra una contradicción in terminis y que no merece la pena detenerse en este camino hacia la insatisfacción dogmática siendo entonces más oportuno «dejarse guiar por el valor adquirido que la fórmula relaciones especiales de sujeción tiene entre nuestra doctrina y seguir manteniéndola con esta y otras matizaciones que a la misma se han hecho. Vid. también CASTILLO BLANCO F. A. (1992), Función pública y poder disciplinario del Estado, Civitas, Madrid, págs. 96 a 102.

<sup>52</sup> GÓMEZ MARTÍNEZ R., op. cit., pág. 309.

<sup>53</sup> Sea como sea, estas definiciones u otras posibles no constituyen más que un acercamiento primario al concepto de relaciones de especial sujeción, pues éstas son muy diversas y sólo desde este enfoque genérico permiten ser agrupadas bajo un concepto único y basta con pensar en los ejemplos de los presos, los militares o los estudiantes universitarios para comprender lo que venimos diciendo. Vid. MARINA JALVO B. (1999), El régimen disciplinario de los funcionarios públicos, Lex Nova, Valladolid, pág. 73.

jurídica del particular<sup>54</sup>, no faltando tampoco estudios que niegan la virtualidad de esta categoría<sup>55</sup>.

En la contribución al esfuerzo por deslindar la naturaleza de las relaciones especiales de sujeción, brilla por su valiosa construcción la otorgada por López Benítez abordando la necesidad de construir un concepto que fije la realizada de las relaciones especiales de sujeción y criticando aquellos sectores de la doctrina que han evitado hacerlo y que sin embargo han dado por bueno los criterios o requisitos que sirven para determinar qué casos pueden incluirse en la categoría de relaciones especiales de sujeción. Así, se atreve a dar una definición de lo que lo que esta categoría sea al identificar estas como «las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una

---

<sup>54</sup> Las opiniones de la doctrina son diversas sobre esta categoría. Así, Gallego Anabiarte, tras desistir de ofrecer una definición precisa, destaca que es la relación de dependencia, el estado de libertad restringida, la imposibilidad de establecer con anterioridad la extensión y el contenido de las prestaciones y la situación del acto administrativo, junto al hecho de que el individuo tenga que obedecer órdenes que no tiene su origen estrictamente en la ley, sino en el derecho creado por la Ley, para ordenar, las notas esenciales que definan a dicha relación GALLEGO ANABIARTE A., op. cit., págs. 24 y ss. Frente a esta postura, García Macho, en cambio, restringe el concepto de las relaciones especiales de sujeción a aquellas que es posible identificarlas en relación con el texto constitucional vigente, fuera del cual no serían admisibles al vulnerar principios esenciales del Estado de derecho teniendo como principal consecuencia la restricción de determinados individuos en el ejercicio de derechos fundamentales GARCÍA MACHOS R. (1992), Las relaciones especiales de sujeción, Tecnos, Madrid, pág. 209 y ss. Para Lagasabater, esta concepción sin embargo no despeja todas las dudas sobre la categoría que estamos analizando al poner en entredicho la identificación apuntada por García Macho en el ámbito de estas relaciones especiales de sujeción de estrecha convivencia entre Administración y administrado en el marco de los principios constitucionales. La nota entonces la pone en el énfasis de síntesis en la búsqueda de las líneas maestras que permiten profundizar en la categoría constatando que en el estudio de las relaciones especiales de sujeciones debe relacionar la idea de potestad general con la de potestades de organización y domésticas, con la existencia de diversos tipos de administrados y con la misma categoría de relaciones especiales de sujeción para describir un cierto tipo de estatutos LAGASABATER HERRARTE I. (1994), Las relaciones de especial sujeción, Civitas, Madrid, págs. 148 a 163. Para el profesor Cámara Villar, en cambio, estos diversos status tienen en común la modulación en negativo del estatus general del ciudadano, en unos casos fundados sobre la voluntariedad (militares de carrera) y en otros en una ley (presos) siendo el concepto de relación especial crucial para poder entender y justificar matizaciones de ciertas garantías como el principio *ne bis in ídem*. CÁMARA VILLAR G. (2001), «Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales», en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*, Cedecs, Barcelona, págs. 117 a 139; el profesor García de Enterría, parte del concepto de potestad, que entiende directamente generada por el ordenamiento y no en pacto, negocio o acto alguno y distingue entre dos tipos de relaciones o posiciones del ciudadano respecto a la administración que se distinguen en la doctrina alemana desde Laband y Mayer: de un lado, la relación llamada, desde la perspectiva administrativa, relación general de poder o de supremacía general o, ya desde la perspectiva del administrado, «relación general de sujeción»; y de otro lado, la llamada relación especial de poder o de supremacía o sujeción especial. En el primer caso, la Administración se presenta armada únicamente con sus potestades generales, las que la Ley le atribuye por su condición genérica de tal (reglamentaria, impositiva, expropiatoria, policial, sancionatoria, etc.). En el segundo caso, en cambio, el administrado está inserto en una organización administrativa, respecto de la cual está en una situación de dependencia mayor de la que existe en las relaciones de sujeción general, GARCÍA DE ENTERRÍA E. y RAMÓN FERNÁNDEZ T. (1992), *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, t. II, págs. 19 y ss.

<sup>55</sup> COTINO HUESO L. (1999), «Relaciones especiales de sujeción: su diversa evolución en Alemania y España», *Revista del Poder Judicial* núm. 55, págs. 301 a 306. Para el citado autor las relaciones especiales de sujeción han dejado de ser una técnica útil pues justificaba con excesiva facilidad las limitaciones a los derechos y libertades por lo que no convendría su empleo en ámbitos específicos como el castrense, relación que, por otra parte, el TC calificaba en el ámbito militar de paradigmáticas, proponiendo la necesidad de superar por completo esta categoría.

duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico particular que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación» definición que permite reducir considerablemente el número de supuestos considerados de especial sujeción a los funcionarios (civiles, militares y de justicia), soldados de reemplazo y los usuarios de determinados servicios públicos si se incardinan en la organización (presos, estudiantes, enfermos en hospitales...)<sup>56</sup>.

En cualquier caso, lo verdaderamente definitorio es que la vertebración en esta categoría del funcionario militar genera un entramado derechos y deberes recíprocos, entre administrado y Administración, que debe ser entendido en sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. Podría decirse que, *grosso modo*, los derechos específicamente limitables por razón de la sujeción especial y la finalidad de cada relación de sujeción especial, en atención a la cual deberá examinarse la legalidad de toda restricción, serían los que siguen a los derechos fundamentales de las personas insertas en esa categoría, relación determinada por la propia condición militar y la pertenencia a una organización armada.

## V. CONCLUSIONES

El Derecho administrativo militar viene determinado por el conjunto de disposiciones legales que regulan la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas, para el cumplimiento de sus fines, en orden a la defensa y servicio de la Patria como rama desgaja del Derecho militar la cual a su vez constituye un orden jurídico particular dentro del orden jurídico general del Estado.

Las FAS quedan configuradas como parte de la Administración fruto de la aceptación de las tesis administrativistas si bien dada su singularidad se reconoce el carácter especial de la Administración militar al igual que ocurre con la Administración exterior, financiera o judicial.

Dentro de la Administración del Estado no pueden considerarse la civil y la militar como dos compartimentos estancos e incommunicados, sino como dos esferas diversificadas de una misma Administración, y la actividad de las Fuerzas Armadas está integrada en la Administrativa general.

De dicha consideración se obtiene una peculiar configuración de la función pública en el ámbito castrense y un estatuto jurídico singular de sus miembros, donde la función pública militar supone la preexistencia de un servicio público en cumplimiento de la previsión contenida en el art. 8.1 CE.

---

<sup>56</sup> López Benítez ha destacado cómo en ciertas relaciones de sujeción especial, sin perjuicio de las limitaciones específicas a sus derechos fundamentales que puedan derivarse del fin típico de la relación, puede ser necesaria una acción especialmente conformadora del legislador, como ocurriría con ciertos colectivos como el de los presos, reclusos en establecimientos cerrados y con un mínimo contacto con el mundo exterior, siendo por ello necesario que el legislador cree las condiciones necesarias para que la vigencia de los derechos fundamentales en las prisiones no se convierta en mera retórica hueca, sino que se patentice en niveles óptimos de efectividad. Vid. LÓPEZ BENÍTEZ M. (1994), op. cit., págs. 161, 405 y 406.

El funcionario público militar participa de las características del funcionario civil, y en este sentido, mantiene una relación de servicios profesionales con la administración, con carácter retribuido, es legalmente nombrado si bien se adecua a la estructura jerarquizada de las FAS, como singularidad específica de la función militar.

Prescindiendo del sentido técnico de la organización castrense, cuya regulación es ajena al Derecho Administrativo y centrándonos en la relación jurídica surgida entre el servidor público, funcionario militar y la Administración, ésta se rige lógicamente por el Derecho administrativo, y en particular por el Derecho administrativo militar, excluyéndose, al menos en principio, la posible participación de otros Derechos.

No obstante lo anterior, se evidencia como rasgo característico del funcionario militar, y a la vez como criterio delimitador, la vocación de participar en los fines últimos de la organización militar, cual es la Defensa Nacional, integrándose para ello en el complejo aparato de los Ejércitos.

Si con el concepto de relaciones de especial sujeción se alude a aquellos supuestos en los que la relación de sometimiento o sujeción del ciudadano respecto de la Administración tiene una especial intensidad, no hay duda de que el militar (al menos el de carrera y el profesional) se encuentran y son un claro exponente de las mismas, y a través de esta categoría se podría justificar una rebaja en las garantías jurídicas para ese ciudadano donde lo que es especial no es tanto la relación en sí, cuanto la intensidad de la sujeción, que no es la común de los restantes ciudadanos.

De todo lo anterior se explica y comprende que ello conlleve, respecto al ámbito de la función pública militar, una posibilidad mayor (incluso extrema) de restricciones a los derechos fundamentales del militar.

## 5. ROEs, REGLAS DE ENFRENTAMIENTO

Verónica J. Sánchez Sánchez  
Teniente Auditor

SUMARIO: I. Introducción II. La Prohibición del Uso de la Fuerza. III. Significación de la regla de enfrentamiento. IV. Concepto de ROE. V. Naturaleza Jurídica de la ROE. 5.1 Análisis de la ROE como disposición legal. 5.2 Análisis de la ROE como disposición reglamentaria. 5.3 Análisis de la ROE como acto de naturaleza administrativa. VI. Responsabilidad derivada de su incumplimiento. VII. Elementos definitorios de la ROE. 7.1. Sometimiento a un marco legal internacional y nacional. 7.2 Emanan de Autoridad administrativa. VIII. Clasificación de Reglas. IX. Estructura de la ROE. 9.1 Conceptos Universales recogidos en las ROEs: Autodefensa, Acto Hostil, Intento Hostil Fuerza Mínima. X. Procedimiento de elaboración y aprobación de la ROE. 10.1 En el marco internacional. 10.2 En España. XI. Herramientas de aplicación de las ROEs. XII. La ROE en el Código Penal y en el Código Penal Militar. XIII. La ROE en la Ley de la Carrera Militar y Reales Ordenanzas. XIV. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

La Exposición de Motivos de nuestra Ley Orgánica de la Defensa Nacional recoge que *«disminuyen las guerras de tipo convencional, pero proliferan conflictos armados...»*. Al tenor de éste y otros muchos preceptos de nuestro derecho interno así como a la vista de la regulación que, sobre conflictos armados, se contempla en el ámbito internacional, es claro que el recurso a la guerra es admisible, no obstante, siempre sometido al respeto de unos límites que se configuran en garantías de los más básicos derechos que hayan de ser tutelados sin excepción, y aún con mayor razón, en ocasión de una guerra.

**La Guerra como recurso siempre se ha encontrado sujeto a restricciones, marcos, vetos, de cuya observancia y respeto se hacía depender su estimación como recurso legítimo o, por el contrario, injusto. Así, si nos remontamos a la teoría de los Tratadistas Cristianos, solo podía admitirse como guerra justa aquella acción que respondía a un Código en el que quedaban definidas las razones por las que la marcha en armas de la parte ofensiva sobre el enemigo se reputarían justas,**

legítimas, en definitiva, justificadas (*Ius ad Bello*). Por otra parte, ya desencadenado el conflicto, quedaba establecido el conjunto de normas a las que se sujetaba el comportamiento de los ejércitos en el campo de batalla, estableciendo excepciones y límites que la lucha armada no podía vulnerar (*Ius in bello*).

## II. LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA

Como se ha apuntado anteriormente, el recurso a la Guerra no se concibe sino sometido a un marco, a unos límites que se articulan como protectores de los derechos básicos de las personas. De este marco trae su causa el más soberano de los principios que están llamados a operar en las relaciones entre Estados, entre personas, que no es otro que el de «La Prohibición del Uso de la Fuerza».

Con la creación de Naciones Unidas<sup>1</sup> al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se elabora en el seno de la misma una Carta en cuyo Preámbulo se proclama la necesidad de que las generaciones futuras no vuelvan a encontrarse sometidas a los horrores de la guerra. Así, en el art. 2.4 se consagra con carácter general el principio de la prohibición del uso de la fuerza: «*Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*».

La referencia expresa al concepto de «conflicto armado»<sup>2</sup> no se agota en éste solo concepto, sino que se entiende extendido al «uso de la fuerza», incluida «la amenaza del uso de la fuerza».

<sup>1</sup> La Organización de las Naciones Unidas (ONU) es la mayor organización internacional existente. Puede definirse como una asociación de gobiernos global que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos. La ONU fue fundada el 24 de octubre de 1945 en San Francisco (California), por 51 países, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas[.] Desde su sede en Nueva York, los Estados miembros de las Naciones Unidas y otros organismos vinculados proporcionan consejo y deciden acerca de temas significativos y administrativos en reuniones periódicas celebradas durante el año. La ONU está estructurada en diversos organismos administrativos: Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Secretaría General, Consejo de Administración Fiduciaria y la Corte Internacional de Justicia. La figura pública principal de la ONU es el Secretario General. El actual es Ban Ki-moon de Corea del Sur, que asumió el puesto el 1 de enero de 2007, reemplazando a Kofi Annan. En el año 2007, la ONU posee 192 estados miembros, prácticamente todos los países soberanos reconocidos internacionalmente. Hay excepciones como la Santa Sede, que tiene calidad de observador, y República de China-Taiwán (un caso especial). La sede europea (y segunda sede mundial) de la Organización de las Naciones Unidas se sitúa en Ginebra, Suiza.

<sup>2</sup> Los Convenios de Ginebra de 1949, al consagrar la distinción fundamental entre «Conflicto Armado Internacional» y «Conflicto Armado sin carácter Internacional», introducía como novedades, en primer lugar, el abandono del concepto clásico de «Estado de Guerra» y «Declaración de Guerra» y, en segundo lugar, la reglamentación internacional de las Guerras Civiles. En el art. 2, común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949, prescinde de la noción «Estado de Guerra» e introduce el concepto de «Conflicto Armado de carácter Internacional», que incluye tanto «el caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por una de ellas», como todos «aquellos casos de ocupación de la totalidad o de parte del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque esta parte no encuentre resistencia alguna militar». El art. 3. Común también a los 4 Convenios, recoge el supuesto, hasta entonces carente de regulación internacional,

Junto con este principio de carácter principal, se consagra un marco integrado por otros que de él se desprenden y que responden a la misma concepción, la protección de la persona. Estos son el principio del «Arreglo pacífico de las controversias» y el principio de «Seguridad colectiva».

Para dar cumplimiento a lo anterior, el Consejo de Seguridad, en el seno de Naciones Unidas, ha sido investido con las autoridades necesarias al objeto de controlar el respeto y cumplimiento del principio de prohibición al uso de la fuerza otorgándole, a su vez, la potestad de decidir medidas coercitivas para los Estados que lo violen.

De la guerra justa hemos pasado a la guerra legal.

### III. SIGNIFICACIÓN DE LA REGLA DE ENFRENTAMIENTO

Ha sido en gran medida en Derecho Humanitario<sup>3</sup> y la sensibilidad de la opinión pública los que han puesto de relieve la necesidad de que las operaciones militares se ajusten, en todo aquello que sea posible, a los principios que inspiran el Derecho Internacional Humanitario, principios tales como el de necesidad militar, la proporcionalidad, discriminación entre objetivos militares y civiles, evitar sufrimientos innecesarios...

Tras la Segunda Guerra Mundial quedó de manifiesto que las innovaciones en los armamentos y la táctica militar exigía señalar una serie de principios generales cuyo reconocimiento los hiciera aplicables a cualquier circunstancia.

El principio básico en esta materia, que inspira a todos los demás, es el de que las necesidades militares han de armonizarse con las consideraciones de la humanidad. El respeto a este principio, y a todos los demás que de él se derivan, ha condicionado la evolución y desarrollo del Derecho de los Conflictos armados que a su vez se asienta en dos pilares fundamentales: objetivos militares y bienes civiles, por un

---

del «Conflicto Armado sin carácter internacional, por el que se entiende «Aquel que surge en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes» en el que deberían observarse las disposiciones humanitarias esenciales contenidas en dicho artículo.

El Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de 1949 amplía la noción de «Conflicto Armado Internacional» extendiéndola a los Conflictos armados «en los que los pueblos luchan contra la discriminación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación consagrado en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas». Art. 14. Modificación de gran trascendencia al concepto de «Conflicto Armado Internacional», adecuada a la estructura actual de la comunidad internacional y acorde con el desarrollo de sus normas.

<sup>3</sup> El derecho internacional humanitario (DIH) es la agrupación de las distintas normas, en su mayoría reflejadas en los Convenios de Ginebra en 1949 y los Protocolos adicionales que tienen como objetivo principal la protección de las personas no participantes en hostilidades o que han decidido dejar de participar en el enfrentamiento. Las distintas normas del derecho internacional humanitario pretenden evitar y limitar el sufrimiento humano en tiempos de conflictos armados. Estas normas son de obligado cumplimiento tanto por los gobiernos, los ejércitos participantes en el conflicto como por los distintos grupos armados de oposición o cualquier parte participante en el conflicto. El DIH a su vez, limita el uso de métodos de guerra y el empleo de medios utilizados en los conflictos, pero no determina si un país tiene derecho a recurrir a la fuerza, pues esto es regulado por la carta de Naciones Unidas.

lado, y combatientes y población civil<sup>4</sup>, por otro, formando el llamado principio de discriminación.

Este principio viene a completarse con otro que, a pesar de no estar expresamente recogido, inspira numerosas disposiciones convencionales: el Principio de Proporcionalidad, en virtud del cual quedan prohibidas todas aquellas acciones militares que provoquen daños que excedan la ventaja militar que de ellos se deduce.

En estos principios generales hay que incluir la regla contenida en la llamada Clausula Martens, que se haya en el preámbulo del IV Convenio de la Haya<sup>5</sup> sobre las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre, en virtud del cual, las partes hacen constar que: *«en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública»*.

Es claro que todos los principios que inspiran un ordenamiento jurídico son importantes, pese al carácter de generalidad y abstracción que presentan, sin embargo, la relevancia que adquieren estos es fundamental en la medida que las normas relativas a los conflictos armados se presentan frecuentemente incompletas, muy cambiantes y de escasa efectividad lo que, en ocasiones, convierte a las ROEs en «las únicas reglas aplicables».

#### IV. CONCEPTO DE ROE

Según queda dispuesto en la introducción de MC.-362<sup>6</sup>, *«Las ROEs son directivas dirigidas a las fuerzas militares en las que se definen las circunstancias, las condiciones, el grado y manera en las que la fuerza, o acciones que pudieran ser interpretadas como provocativas, pueden o no, ser aplicadas»*<sup>7</sup>.

Se dice que son directivas del mando mediante las que se establecen los límites que convierten en legítimo el uso de la fuerza por parte de las fuerzas militares. De este modo, en tiempo de paz o en tiempo de operaciones que no sean propiamente bélicas, las ROEs son el único instrumento a través del cual se puede autorizar a las fuerzas el recurso a la fuerza, a excepción, claro está, de aquellos supuestos de legítima defensa en los cuales siempre se podrá hacer uso de la fuerza necesaria para repeler la agresión.

Además del objeto primigenio de la regla, que no es otro que el de definir los supuestos y términos en los que se legitima el empleo de la fuerza, la generación de ROEs responde a la necesidad de unificar la actuación de los contingentes participan-

<sup>4</sup> Protocolo Adicional I a los Convenios De Ginebra, Es considerada como persona civil cualquiera que no pertenezca a las fuerzas armadas. La presencia, entre la población civil, de personas aisladas, cuya condición no responda a la definición de persona civil, no priva a esa población de su calidad de civil (P. I, art. 50).

<sup>5</sup> Convención (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

<sup>6</sup> En España no tenemos catálogo propio de ROES's, por lo que se emplea el documento MC.-362, que es el catálogo de ROES's de la OTAN.

<sup>7</sup> Definición contenida en la redacción actualmente vigente del MC.- 362 de la Organización del Tratado Atlántico Norte.

tes en las operaciones militares, necesidad de armonización que requiere una especial respuesta cuando se trata de operaciones multinacionales<sup>8</sup> en los que la variedad de comportamientos y de actuaciones de sus miembros puede abocar el fatal desenlace de la misión, ya no por la no consecución del objetivo sino por el desastre humano que una descoordinación de fuerzas está llamada a generar.

En efecto, en un conflicto armado, ha de tenerse en cuenta la concurrencia de una serie de factores de distinta naturaleza (la normativa nacional e internacional a respetar, fines y exigencias de la misión, los riesgos potenciales para la fuerza interviniente, la operatividad y capacidad de intervención de las unidades que participen, el armamento a utilizar o el que pueda ser empleado por el adversario en contra de la fuerza interviniente, escenario en el que ha de desarrollarse la operación...). La concurrencia de estos factores impone la fundamental tarea de delimitar la significación de las reglas destinadas a operar en el conflicto, no solo en cuanto a los fines a los que responde, sino, y de manera muy especial, a la traducción práctica de su ejercicio.

La necesidad de unificar la actuación de los contingentes participantes en las operaciones militares a la que antes nos referíamos, encuentra su causa en las distintas interpretaciones que, respecto de una misma regla imperante, puedan extraerse. Así, su rasgo más característico es el de su carácter restrictivo<sup>9</sup> pese a que su formulación sea en modo de autorización. No obstante, y como han advertido innumerables autores, esa naturaleza restrictiva puede determinar efectos no pretendidos y encontrados con el propósito de las mismas cuales son las de proceder, por parte del individuo de modo dubitativo e indeciso<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> «Visión Conjunta 2020» (Joint Vision 2020), publicado por la Dirección de Políticas y Planes Estratégicos del Ejército de los Estados Unidos en junio de 2000. «Operaciones Conjuntas». Dice el documento citado: el uso de todas las herramientas del estadista para alcanzar nuestros objetivos nacionales, unilateralmente cuando sea necesario, al tiempo que en el hacer un uso óptimo de las habilidades y los recursos provistos por las fuerzas militares multinacionales, las organizaciones regionales e internacionales, las organizaciones no-gubernamentales y las organizaciones voluntarias privadas cuando sea posible».

«Los intereses globales y las responsabilidades de los Estados persistirán y no hay ninguna indicación de que las amenazas hacia esos intereses o a los de nuestros aliados vayan a desaparecer. Los conceptos estratégicos de fuerza colectiva, proyección de poder, presencia de ultramar y agilidad estratégica continuarán rigiendo nuestros esfuerzos para cumplir con esas responsabilidades y enfrentar los retos del futuro».

<sup>9</sup> Puede citarse como ejemplo la actuación de los Marines en Líbano en 1984. Los Comandantes de los Marines en Beirut se enfrentaron a un aumento constante de la hostilidad hacia la fuerza americana con las mismas ROE iniciales para una misión «de presencia». Las ROE iniciales eran las siguientes: «Los Marines solo usarán el grado de fuerza necesario para cumplir la misión o reducir la amenaza, evitando herir a no combatientes o dañar la propiedad civil, actuando solo en defensa propia». Incluso cuando la situación en Beirut se deterioró convirtiendo una misión de presencia de fuerzas de paz en un conflicto armado con las distintas facciones locales, las ROE continuaban impidiendo a los Marines realizar otras acciones que la defensa propia. Solo después de la muerte de varios marines se autorizó el uso de artillería y fuego naval contra las agresiones, e incluso entonces, el uso de poder aéreo se seguía considerando una aplicación desproporcionada de la fuerza.

<sup>10</sup> Otro ejemplo que de ello encontramos lo constituye la reacción de la primera unidad americana que entró a combate en la guerra con Corea. A la unidad se le había mentalizado a todos los niveles que su misión era estrictamente policial y ello, unido a las restrictivas instrucciones respecto al uso de la fuerza que recibieron, determinó una inicial inactividad cuando la unidad fue atacada.

Como contrapunto a lo anterior, podemos encontrarnos con la concepción contraria y caer en un excesivo empleo de fuerza amparado en un igualmente mal interpretado recurso a la legítima defensa<sup>11</sup>.

Para responder al objeto que es propio de estas reglas, el documento MC.-362, catálogo de reglas de enfrentamiento, está siendo, a fecha de hoy, sometido una revisión global al objeto de actualizar aspectos tan trascendentes como el que se refiere al concepto de uso de la fuerza en los casos de legítima defensa, o la propia estructura de la ROE.

En este nuevo documento se pretende la formulación de la ROE, no como prohibición, sino más bien como autorización, con el objeto de evitar el riesgo de que las «reglas de enfrentamiento» se conviertan en «reglas de no enfrentamiento» y que, aquellos que están destinados a interpretarlas y observarlas, confundan la obligación de utilizar la fuerza mínima con la prohibición de usar la fuerza.

## V. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ROE

El aspecto más controvertido, objeto de la más amplia discusión doctrinal en la materia, lo constituye, sin duda alguna, la naturaleza jurídica de la ROE.

### 5.1. Análisis de la ROE como disposición legal

En primer lugar, resulta interesante plantear el análisis de estas reglas como Disposiciones Legales, hipótesis difícilmente sostenible si consideramos los siguientes extremos:

- Partiendo de entender por Ley «*la norma del derecho dictada, promulgada y sancionada por la autoridad pública*», no puede defenderse la naturaleza legal de estas reglas puesto que no caben predicarse los elementos caracterizadores y definitorios de la disposición legal.

Así, y admitiendo que sean normas de derecho, en cuanto reguladoras del comportamiento humano, no son promulgadas<sup>12</sup> ni autenticadas por autoridad pública.

---

<sup>11</sup> En Somalia, los soldados fueron autorizados a utilizar la fuerza contra los actos o intentos hostiles. El problema era la definición de intento hostil, cualquier error podía tener desastrosas consecuencias en la medida en que las ROEs permitían el uso de la fuerza letal contra los intentos hostiles. Como consecuencia de ello, muchos soldados aceptaron que no había distinción entre ambos y que se podía usar la fuerza letal contra saqueadores o simples ladrones. Los Comandantes de diversas Unidades intentaron clarificar estas ROEs, pero las consecuencias fueron desastrosas. En este sentido, la clarificación dada a los soldados canadienses fue que existía un acto hostil cuando alguien portaba un arma paralela al suelo, algo totalmente inimaginable en un país donde todo el mundo portaba armas. Es más, la definición de las ROEs era tan ambigua que consideraba un acto hostil las acciones contra la propiedad de las fuerzas canadienses o de las Naciones Unidas y como consecuencia llegaron a emitirse órdenes que autorizaban el uso de la fuerza letal incluso contra personal no armado encontrado robando dentro de las instalaciones canadienses. Para complicar aún más la situación, los americanos tenían sus propias ROEs y no existía coordinación en su aplicación entre las diferentes naciones que componían la fuerza de paz.

<sup>12</sup> Acto por el cual el Poder Ejecutivo dispone el cumplimiento de la ley.

Tampoco proceden del Poder Legislativo ni son sometidas a los procedimientos formales de publicación<sup>13</sup> a los que se somete la ley.

Por otra parte, interesa significar que la ley, como sabemos reguladora de la conducta humana, presenta un carácter de generalidad en la medida en que sujeta a todas las personas que reúnan las condiciones previstas por ella. Como norma reguladora de la conducta humana también responde al carácter de abstracción por estar concebida para aplicarse en un número indeterminado de casos, todos aquellos que caen en los supuestos establecidos por la norma.

Ambos rasgos definitorios son elementos que no concurren en las reglas que estamos analizando.

- En segundo lugar, y desde un punto de vista puramente práctico, si atendemos al Sistema de Fuentes Internacional que se contempla en el art. 38.1<sup>14</sup> del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>15</sup>, las ROEs, al no quedar incluidas en el catálogo que en el mencionado artículo se recoge, no pueden ser consideradas como norma en un sentido jurídico, no forman obligaciones de carácter convencional internacional ni son costumbre.

Si no son normas jurídicas no pueden venir a suplir deficiencias legislativas así como, ni tan siquiera, interpretar normas legales.

- En tercer lugar hay que poner de manifiesto que la ROE tampoco es objeto de reconocimiento en ninguna norma de derecho interno, con la salvedad de la remisión que se hace en la Ley de la Carrera Militar y en las Nuevas Reales Ordenanzas de 2009, como se señalará posteriormente.

Recoge la propia Instrucción del Catálogo de ROE, que éstas no tienen consideración de normas jurídicas sino más bien de reglas que simplifican la aplicación de las normas del Derecho de los Conflictos Armados en ésta materia. Es por lo anterior por lo que, en su introducción, el MC.-362 hace una explícita referencia al Derecho Internacional y al de los Conflictos Armados como marco de actuación para la conducción de las operaciones militares al que habrá de añadirse el propio de cada país, que está legitimado para introducir las restricciones a las reglas para el uso de la fuerza contenidas en el documento.

<sup>13</sup> Acto imprescindible para que la ley alcance conocimiento público general.

<sup>14</sup> Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

« 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

*Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*

*La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*

*Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*

*Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.*

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren».

<sup>15</sup> La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Su Estatuto forma parte integral de la Carta de las Naciones Unidas.

Como se ha apuntado anteriormente, las ROEs son las instrucciones que legitiman cuándo y cómo hacer uso de la fuerza pero no constituyen la base legal de las mismas al no poder admitirse como norma jurídica. La base legal al recurso de la fuerza reside principalmente en el mandato de Naciones Unidas, la normativa nacional, la normativa internacional o de la propia misión.

El principio expresamente marcado por el Ministerio de Defensa, siguiendo la doctrina de la Unión Europea para el Uso de la Fuerza, es: *«Ningún miembro de las Fuerzas Armadas Españolas, puede considerar la ROE como único y exclusivo marco de referencia, a tener en cuenta a la hora de actuar, en el ejercicio de las funciones que tenga asignadas, sino que debe atener a nuestra legislación interna y a las normas de Derecho Internacional que vinculan a España y de cuya inobservancia se van a derivar las más graves consecuencias».*

## **5.2. Análisis de la ROE como disposición reglamentaria**

No presentando las ROEs naturaleza jurídica legal, podría defenderse su Naturaleza Reglamentaria en tanto son reglas que simplifican la aplicación de las normas del Derecho de los Conflictos.

Respecto a este planteamiento, ha de significarse que estas reglas no constituyen el instrumento por el que se determinan directrices tácticas ni estratégicas (así se reconoce en el Catálogo OTAN MC362, Unión Europea, Naciones Unidas...) por lo tanto, no es posible la equiparación de una ROE con un reglamento que tenga por objeto detallar los aspectos varios en los que ha de desarrollarse la operación.

En la ROE no se contendrán las instrucciones estratégicas, tácticas y doctrinales, porque el mando militar, autoridad del que emanan las reglas, dispone de otros cauces, de otros instrumentos adecuados para la determinación de tales extremos.

Tampoco se contendrán menciones a medidas de seguridad relacionadas con las restricciones en el empleo de armas. Las restricciones que se fijen respecto del empleo de ciertas armas deben estar únicamente condicionadas por la misión, no por la seguridad de quien las emplea.

## **5.3. Análisis de la ROE como acto de naturaleza administrativa**

De lo anterior cabe deducir que las ROEs no son «norma jurídica» y tampoco «reglamento» por lo que se impone el análisis de su naturaleza jurídica como «Acto Administrativo».

La doctrina mayoritaria defiende la consideración de las Reglas de Enfrentamiento como «Órdenes de Servicio», puros actos administrativos. Como normas de naturaleza administrativa, habrían de someterse en todo caso a los dictados de la ley tal y como, respecto de todos los actos administrativos, exige el art. 53, en su 2º apartado, de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

En aquellos supuestos en los que la ROE tiene un origen estrictamente nacional, la adaptación de las mismas a la propia ley nacional así como a los intereses propios de la Nación, no reviste mayor trascendencia pero, ¿qué ocurre cuando se ha de adaptar a la ley nacional aquella ROE que emana de un organismo internacional o fuerza multinacional?

Esta adaptación se impone necesaria en la medida en que los contingentes están obligados a respetar, con carácter prioritario, sus propias leyes nacionales. En este sentido, se impone la necesidad práctica de participar en la colaboración de la ROE porque, en ningún caso, una ROE puede justificar que un elemento del contingente vulnere una ley nacional.

Como hemos venido señalando anteriormente, el límite material de la ROE reside precisamente en la imposibilidad de que estas reglas deroguen parte de la legalidad, ya se trate de legalidad internacional ya se trate de derecho nacional, porque no se encuentran incluidas entre las Fuentes de Derecho Español ni en el Internacional.

Las ROEs son el resultado de una potestad administrativa (el mando, a través de una orden) destinada a determinar un modelo de comportamiento, de conducta, cuyos destinatarios son todos y cada uno de los elementos que integran los contingentes armados intervinientes en la operación bélica sobre un aspecto determinado: el ejercicio de la fuerza.

Entendida, por tanto la regla de enfrentamiento como un puro acto administrativo<sup>16</sup>, hemos de reparar en la autoridad competente para dictarlos, en el presente supuesto, los mandos militares. Éstos diseñan el marco de actuación y autorizan o desautorizan un determinado comportamiento de sus destinatarios en la medida en que así lo contemple la ROE. A su vez, los mandos militares quedarán circunscritos a una serie de restricciones derivadas de la legislación nacional, del Derecho de los Conflictos Armados y de otros acuerdos internacionales.

A modo de conclusión de éste apartado podríamos decir que el cumplimiento de estas reglas no impide que la actuación de las unidades militares se halle sometida a un «Derecho Superior», que en realidad se trata del único derecho observable en la medida en que la ROE no tiene naturaleza jurídica, que vendría integrado por las normas de Derecho Internacional y las propias normas de cada nación.

## **VI. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE SU INCUMPLIMIENTO**

En relación al aspecto de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una ROE hay que deducir que, si de la regla no se desprende naturaleza jurídica, no es el Ordenamiento Jurídico Nacional o Internacional el que resulta conculcado por su quebrantamiento. La responsabilidad derivada de su incumplimiento sería exigible al

---

<sup>16</sup> «Acto jurídico de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo dictado por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria», definición defendida por el profesor español Eduardo García de Enterría, y construida sobre la definición del administrativista italiano Guido Zanobini.

amparo de entender desobedecida, inobservada una orden cuyo mandato está constituido por el contenido de la ROE, entendida ésta como acto administrativo.

Como se ha dicho anteriormente, el límite material de la ROE reside precisamente en la imposibilidad de que estas reglas deroguen parte de la legalidad, ya se trate de legalidad internacional ya se trate de derecho nacional. Como consecuencia de ello, lo que el ordenamiento nacional prohíbe no puede autorizarlo una ROE de modo que el incumplimiento de la misma será objeto de sanción disciplinaria o, si cabe apreciarse la comisión de una falta grave, de sanción penal.

Así, las ROEs en ningún caso pueden considerarse tipos penales o disciplinarios en sí mismas. No podría entenderse que una norma jurídica que configura estos «tipos» no sea publicada ni sea susceptible de conocimiento público. Como ya se ha apuntado, la única vez que las ROE han sido incluidas en nuestro ordenamiento ha sido con la Ley 39/2007 de la Carrera Militar, en su Art 4, disponiendo una regla de comportamiento.

## VII. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA ROE

Además del carácter restrictivo que es principalmente el rasgo más definidor de estas normas y al que se ha aludido anteriormente, interesa resaltar como notas características, las siguientes:

### 7.1. Sometimiento al marco legal internacional y nacional

Las ROEs se encuentran sometidas al marco que diseña el Derecho Internacional y Nacional aplicable por lo que se impone la obligatoriedad de respetar ese Derecho que, ni es sustituido, ni siquiera limitado, por la Regla.

Respecto al Derecho Internacional, ese marco al que aludimos está fundamentalmente representado por el Derecho de los Conflictos Armados que, en todo caso, ha de ser observado, respetado y obedecido por las Fuerzas Armadas con carácter prioritario, no siendo por tanto admisibles unas ROE que se opongan al mismo.

No existe tratamiento distinto en relación con el deber de observancia cuando se trata de leyes nacionales en la medida en que éstas pueden establecer límites a los miembros participantes de conflicto. Como se ha mencionado anteriormente, este extremo presenta gran importancia cuando se trata de conflictos de carácter multinacional en los que, junto con las ROE, los contingentes están obligados a respetar, con carácter prioritario, sus propias leyes nacionales.

Llegado este punto debemos plantearnos si igualmente se impone la obligación de respeto a la Ley Local del territorio en el que se desarrolla la operación. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, con la razón añadida de perseguir una cordial acogida y convivencia de los miembros de los contingentes por parte de la población civil. Deberá igualmente observarse dicha ley local cuando tal conducta forme parte del SOFA (acuerdo de estatuto de fuerza) aplicable.

## 7.2. Emanan de autoridad administrativa

En efecto, las ROEs son un documento emanado del Mando Militar de lo que se deduce su naturaleza no jurídica. La ROE aparece como anexo a cualquier orden de operaciones, tanto si se trata de operaciones reales como simuladas<sup>17</sup>, esto es, operaciones de ejercicio. Es frecuente por otro lado, que el catálogo de ROEs que estén llamadas a operar en aquellas situaciones en las que intervengan los contingentes de un país, se halle previamente diseñado, establecidas sus ROEs, a fin de evitar improvisaciones y descoordinación en el tiempo de combate para el que fueron concebidas. De este modo, a su vez permiten que puedan formar parte del entrenamiento del combatiente, sin perjuicio de las específicas que fuera necesario activar en un caso real<sup>18</sup>.

## VIII. CLASIFICACIÓN DE REGLAS

La clasificación de las ROEs depende obviamente de la previa clasificación del conflicto en el que están llamadas a operar. Así, si partimos por ejemplo de la distinción entre conflictos armados o misiones de carácter humanitario, distinguiremos a su vez dos tipos de ROEs: por una parte, respecto a las misiones en operaciones armadas, hablaríamos de las WROE<sup>19</sup>, o reglas de guerra, mientras que las segundas, las misiones de paz, nos reconduciría a las PROE<sup>20</sup>, o reglas de paz. No obstante, es necesario advertir que ambas categorías de ROEs presentan un elemento común, que es el presupuesto del Derecho a la Autodefensa, pese a que el recurso a la fuerza pueda recogerse en modo restrictivo o más flexible y abstracto.

Por lo que respecta a las ROE de guerra, estas suelen presentar, no un carácter menos restrictivo, sino una más amplia contemplación de supuestos en los que considerar legítimo el recurso a la fuerza. Las unidades militares enemigas y, en general, los objetivos militares, pueden ser atacadas sin necesidad de que supongan una amenaza inmediata para las propias, porque se entiende amparado el ejercicio de la fuerza en la pretensión del éxito en la misión.

Son las misiones de mantenimiento de la paz y las intervenciones en países extranjeros para la gestión de situaciones de crisis en las que más frecuentemente ha intervenido España en las últimas décadas. Son por tanto las ROEs activadas en estas misiones las que han limitados más frecuentemente el ejercicio de la fuerza a nuestros combatientes. Son este tipo de misiones donde cobra una especial relevancia la necesidad de observancia de las reglas y ello porque un mal uso de la fuerza genera en

<sup>17</sup> Estratagema, maniobra fingida orientada al ensayo y recreación de situaciones militares de riesgo.

<sup>18</sup> Sistema seguido tanto por las Stánding ROE (SROE) emitidas por el Jefe de la Junta de Estado Mayor del Ejército de los Estados Unidos, en el año 2000, por la OTAN, en el documento denominado MC.- 362, y también por la Unión Europea en su documento «Use of Force Concept for EU-led Military Crisis Management Operations» aprobado el 16 de enero de 2006.

<sup>19</sup> En este tipo de ROEs es normal permitir abrir fuego contra cualquier objetivo militar enemigo aún cuando no represente una amenaza inmediata.

<sup>20</sup> En las ROEs de Paz el único motivo legal universalmente reconocido para el uso de la fuerza es la Autodefensa.

todo caso efectos indeseables que se incrementan cuando se trata de escenarios de paz o escenarios de crisis sin violencia desatada de modo continuado.

Si pensamos en las ROE que se aplicaron en la ex Yugoslavia, puede deducirse que, en los primeros estadios del conflicto, cuando la misión dependía de ONU, las ROE de las fuerzas de UNPROFOR en Croacia eran débiles y carecían de capacidad militar para asegurar sus objetivos. Más tarde, en Bosnia Herzegovina, su misión se limitaba a asegurar el suministro de ayuda humanitaria y las ROE de que estaban dotados eran, igualmente débiles. En ellas, no estaba prevista la defensa de terceros ni tampoco el uso de la fuerza para la consecución de objetivos de la misión.

Tras los Acuerdos de Dayton, las reglas se reforzaron de modo que las fuerzas de IFOR, luego SFOR, pudieron hacer mayor y mejor uso de la fuerza. Entonces, ya podían acudir al uso de la fuerza, incluso la letal, para conseguir los objetivos de su misión de pacificación y reconstrucción. Ahora podían detener civiles y militares, efectuar registros, intervenir en defensa de terceros, incluso la posibilidad de impedir la comisión de delitos graves en su presencia.

## **IX. ESTRUCTURA DE LA ROE**

Estructuralmente se distinguen en las ROEs tres elementos fundamentales:

A) Factor legal, en el sentido de depurar la legitimidad o ilegitimidad del recurso a la fuerza empleada. Consecuentemente, resultarán acciones acordes a la legalidad internacional y nacional o, por el contrario, se entenderán acciones ilícitas por contravenir la ley.

B) Factor político. Es indiscutible que las acciones militares traen su causa en decisiones políticas por lo que resulta necesario satisfacer los criterios políticos inspiradores de la operación junto a los objetivos militares perseguidos, armonizando ambos elementos con un tercero cual es el de respeto a las directrices básicas que guían la actuación humanitaria o militar desarrollada por una fuerza militar.

Los criterios políticos frecuentes responden a evitar que los conflictos se enquisten, impedir la extensión del conflicto, limitar el uso de la fuerza mientras se buscan otras soluciones que no hagan como única la solución militar.

Es necesario sin embargo advertir que el contenido y alcance de la ROE no es determinado por el líder político pero sí es éste al que corresponde la aprobación de la misma, lo cual se considera aconsejable toda vez que el mando militar no es quien deba asumir la responsabilidad política. Resulta también interesante destacar que quienes se encuentran en la cadena de mando no van a recibir el catálogo de ROEs de manera directa, sino que recibirán, además de órdenes e instrucciones basadas en ellas, una versión simplificada y de fácil comprensión (no olvidemos que su utilización va a ser normalmente en una situación de tensión y de no normalidad).

C) Factor militar. Las Reglas de Enfrentamiento (ROE) son directivas emitidas a las Fuerzas Militares que definen las circunstancias, condiciones, grado y manera

bajo las cuales las fuerzas militares podrán emplear la fuerza<sup>21</sup>. El propósito general de las ROEs es proporcionar un medio mediante el cual las autoridades de las naciones puedan controlar la actuación de la fuerza en situaciones de paz, tensión o crisis.

Con la excepción de la defensa propia, durante las operaciones de paz y las operaciones previas al comienzo de un conflicto armado, las ROEs suponen la única autorización para emplear la fuerza.

Las reglas de enfrentamiento forman parte del Plan y de la Orden de Operaciones. Sirven de instrumento, como se ha apuntado con anterioridad, para el diseño de los parámetros, condiciones y límites en que han de desarrollarse las operaciones militares, armonizando las necesidades militares con la proporcionalidad en los medios empleados evitando crear nuevos conflictos o agravar la situación existente.

El uso de determinados materiales, sistemas de armas e incluso de movimientos tácticos constituyen muy frecuentemente el contenido de las reglas con lo que a su vez se consigue restringir la competencia en el desarrollo de las acciones militares a determinados escalones de mando<sup>22</sup>.

### 9.1. Conceptos universales recogidos en las ROES

En los mandatos, restricciones y limitaciones que las ROEs contienen, se contemplan muy frecuentemente unos conceptos universales:

1) Autodefensa: es la utilización de una fuerza proporcional y necesaria, para defenderse y defender a las fuerzas, personas y propiedades con un estatuto especial, de un ataque inminente. La autodefensa puede ser propia o de la misión. En primer caso será la legítima defensa, que en España no se regula como un derecho sino como una causa de exención de responsabilidad penal. Pero no puede tener más límites que los establecidos por la ley, en este caso el art. 20.4 del CP (Código Penal). La defensa de la misión puede limitarse como sabemos, por motivos políticos, militares o legales.

Los requisitos que los Catálogos de ROE exigen a la Autodefensa son:

- Ataque o inminencia de ataque (agresión ilegítima en nuestro CP).
- Que la necesidad de defenderse será manifiesta, inmediata e imperiosa (racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión en nuestro CP).
- Que el uso de la fuerza sea indispensable.
- Que la respuesta sea proporcional, ello es, que sea acorde con la amenaza que se representa.

Nuestra legislación exige además la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Actualmente, en el seno de la OTAN, se sigue una concepción amplia del concepto de Autodefensa, esto es, el reconocimiento del derecho a utilizar la fuerza para

<sup>21</sup> Según queda dispuesto en la introducción del MC.-362.

<sup>22</sup> Sirva de ejemplo la limitación a ciertos niveles de mando (COMSFOR, en Bosnia) y a determinadas circunstancias el uso de los medios antidisturbios.

defender a las fuerzas aliadas que sufren una acción hostil o un intento hostil en el marco de un conflicto multinacional.

Parece interesante detenernos en los supuestos de «intento hostil». En estos casos, no hay acción hostil materializada, sino peligro de acción hostil, peligro inminente de que se realice una acción que pretenda producir daños a fuerzas propias, fuerzas amigas o personas y propiedades, con estatuto especial. El peligro inminente ha de ser una amenaza clara y sustancial, un riesgo racionalmente grave. En ocasiones habrá de entrar a valorar la capacidad y preparación de la fuerza amenazante.

Es importante poner de manifiesto que la Autodefensa no obtiene el mismo tratamiento en todos los derechos nacionales y ello porque entre los mismos existen notables diferencias de concepción.

Los países anglosajones otorgan un tratamiento más amplio a este derecho. En algunos de ellos, la simple sospecha de un acto o tentativa de acto hostil en su contra, les faculta para recurrir a la fuerza, incluso a la letal. Esta interpretación no coincide con la de otros países del Sur o Centro de Europa, que son más exigentes a la hora de apreciar la existencia o no de una situación que justifique la autodefensa.

Estas diferentes concepciones y tratamiento que, desde cada derecho nacional, se reconoce a este derecho se salva mediante el recurso a las reservas y restricciones que caben oponerse frente a las ROEs a fin de adecuar las mismas al marco legislativo nacional de opera en cada Estado. Las reservas y restricciones habrán de tenerse en consideración a efectos de distribuir misiones y asignar cometidos a los diferentes contingentes.

También conviene destacar las diferentes concepciones que una misma actuación puede inspirar. Traigamos de ejemplo los disparos de advertencia. Para algunos, estos disparos son interpretables como un consumado uso de la fuerza, mientras que para otros constituyen únicamente actos de provocación sin que quede claro si da derecho o no a la autodefensa.

El mencionado documento OTAN, considera los disparos de advertencia como un modo de aviso y no como un uso de la fuerza, al igual que hace el Catálogo de Naciones Unidas. En las ROEs de la Unión Europea, debe definirse en cada operación, qué significa disparos de advertencia, y establecer si son considerados o no uso de la fuerza.

2) Acto Hostil: entendemos por Acto Hostil la acción u omisión que pretende causar muerte o daños graves. Se trata de actos materializados, consumados (de lo contrario hablaríamos de intento hostil) con un potencial resultado de muerte, lesiones graves o daños a bienes protegidos.

3) Intento Hostil: lo diferencia del acto hostil la no materialización del mismo. El intento Hostil es el peligro de que se realice una acción que pretende hacer daño a fuerzas propias, aliadas o personas o propiedades (movimiento de municiones entre depósitos, movilizaciones militares...). Este peligro ha de constituir un peligro claro, un riesgo racionalmente grave para lo que habrá de valorarse en su caso, la capacidad de la fuerza amenazante.

4) Fuerza Mínima: no debe confundirse con la mínima fuerza porque, en su caso, puede llegar a alcanzar fuerza mortífera. Cuando nos referimos a ésta, hablamos de la fuerza necesaria y militarmente prudente. En todo caso, la fuerza mínima ha de

ser razonable y proporcional a la situación en que se realiza y no puede estar prohibida por las normas internacionales ni por las ROE.

## X. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE LA ROE

La primera tarea que se impone en la elaboración de las ROE es la de redactar y preparar un catálogo de ROEs respecto al cual, el Mando<sup>23</sup>, seleccionará las que considere más adecuadas al momento que, de darse, requiera la intervención de la fuerza, ya sean nacionales o multinacionales.

Es por esta razón por lo que resulta muy práctico y conveniente la previsión del catálogo de reglas con anterioridad al momento para el que hayan sido concebidas, como ya hemos dicho, en tiempo de paz y normalidad.

Por otra parte, ello no impide que según la especificidad propia del momento que requiera su aplicación, se proceda a la elaboración de otras que respondan, de modo particular, a esas especialidades. Estas reglas servirían en todo caso para el adiestramiento de la fuerza y podrían denominarse «durmientes»<sup>24</sup>.

En la elaboración de la regla, el Mando requiere la asistencia del Asesor Jurídico que, como técnico, resulta fundamental desde el momento en que se declara que la ROE no puede ser contraria al derecho nacional. Ello tiene gran trascendencia en operaciones multinacionales en las que nunca una regla de enfrentamiento puede justificar que un elemento del contingente vulnere una ley nacional. La intervención aquí de un especialista legal conduce a la obtención de unas reglas consensuadas entre los estados intervinientes en la operación y acordes con los ordenamientos nacionales de estos, a la vez de conformes con el Derecho Internacional.

La obligatoria colaboración entre el Asesor Jurídico y el Mando responsable del diseño de la regla no se agota en la planificación de la misma, sino que ésta necesaria participación se extiende más allá de comenzada la aplicación material de la regla. Es importante advertir que la ROE, como regla que prevé la regla de comportamiento a observar en una determinada situación, es cambiante, versátil en función del cambio experimentado en la situación en la que va a operar.

### 10.1. En el marco internacional

Es importante destacar que la elaboración de la ROE se encuentra precedida por el análisis de la experiencia adquirida en operaciones anteriores salvando los matices caracterizadores de estas.

<sup>23</sup> No obstante, la participación de Asesores Legales resultará imprescindible dado el carácter multidisciplinario de la ROE, tanto en su preparación, en su difusión, como en su entrenamiento. Sin embargo, a pesar del importante papel que pueda jugar el Asesor Legal, no debe olvidarse que, en último extremo, la ROE son reglas del Mando Militar y que éstas deben ser aplicadas por los ejecutantes de la misión, lo que obliga a que sean fáciles de entender y de ejecutar y eviten un lenguaje excesivamente jurídico.

<sup>24</sup> De estas reglas «durmientes», mencionar que su redacción se encomienda a los estados mayores conjuntos, con una importante participación de los juristas militares.

El procedimiento de elaboración y aprobación de estas reglas es distinto en función de los distintos ámbitos en los que puede darse, OTAN, ONU. Partiendo de lo anterior, pueden distinguirse sistemas de determinación de reglas:

- En los Estados Unidos, los Comandantes de los Mandos Unificados, durante el diseño del Plan de Operaciones para la situación de crisis planteada, están facultados para analizar el efecto de la aplicación de una ROE concreta y determinar la conveniencia de complementarla con otras ROEs para adecuar ese efecto a la finalidad pretendida. Ello ocurre frecuentemente en aquellos supuestos en los que el uso de la fuerza puede verse limitado por factores externos no previstos, imaginemos por ejemplo, las limitaciones al uso de la fuerza impuesta por la ley local o por acuerdos bilaterales con la nación donde se lleva a cabo la operación.

- En la OTAN, el MC.-362 contiene un catálogo abierto de ROEs según los diferentes tipos de operaciones o de situaciones. Éste catálogo constituye un marco de direcciones estratégicas y operacionales de enfrentamiento y de política OTAN para la aprobación e implementación de estas reglas en todas las operaciones militares en las que las Fuerzas de la Alianza se vean involucradas.

Llegado el momento en que se hace necesaria la operatividad de la regla, el paso siguiente es la elección entre ese catálogo, la selección concreta de las reglas que se van a implementar (ROE profile) y solicitar la autorización para ello al Mando de la Organización (de acuerdo con un procedimiento establecido).

## 10.2. En España

La elaboración y aprobación de estas reglas responde, en España, al siguiente procedimiento:

- Tratándose de una **Operación Internacional**, como por ejemplo con OTAN, nuestra representación en el NAC<sup>25</sup> da su conformidad a la ROE que se vayan a aplicar. En el proceso de evaluación nacional del plan de la correspondiente operación, el Estado Mayor de la Defensa, a través de sus órganos competentes al respecto, y tras los oportunos informes de la Jefatura de Planes, Inteligencia, Logística y de la Asesoría Jurídica, las acepta en su totalidad o formula las reservas o restricciones que estime necesarias. El JEMAD, despacha con el Ministro tales reservas, y una vez ratificadas por éste, se comunican al NAC por medio del representante permanente.

- En **Operaciones estrictamente Nacionales**, el Estado Mayor de la Defensa, tras la Directiva inicial militar, genera la ROE para dicha operación, eleva un requerimiento, solicitud de ROE a JEMAD, y éste lo despachará con el Ministro, quien a su vez, cuando ya están aprobadas, remite al JEMAD una autorización de implementación de ROE.

Superado el periodo de formación de la regla y llegado el momento de aplicar éstas, puede ocurrir que las aprobadas inicialmente no sean suficientes o que, siendo suficientes, no sean las más apropiadas para la operación.

---

<sup>25</sup> North Atlantic Council (NAC).

Estas dos cuestiones competen al mando militar quien directamente, si tiene competencia para ello, complementará la relación de reglas que entienda necesarias para su vigencia en la operación. Si no tuviere competencia para ello, se requerirá por la cadena de mando (ROEREQ)<sup>26</sup> a la espera de la aprobación o denegación (ROEAUTH)<sup>27</sup>. A la solicitud habrá de acompañarse la debida justificación operacional.

Dicho lo anterior, lo deseable sería que las ROEs aprobadas e implementadas permanecieran constantes durante el desarrollo de la operación, porque los cambios pueden crear confusión. Sin embargo, las distintas fases de la operación, los cambios en la situación (amenazas, cambios políticos, etc.) pueden hacer imprescindibles los mismos<sup>28</sup>.

En lo que a España se refiere, las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, recogen esta naturaleza cambiante, cuando establecen lo siguiente:

*Artículo 94. Respuesta ante situaciones cambiantes:*

*«El conocimiento y cumplimiento de las reglas de enfrentamiento le permitirán hacer frente a las situaciones cambiantes de cada momento, debiendo estar preparado para asumir la protección de la población afectada y los riesgos consiguientes».*

## **XI. HERRAMIENTAS DE APLICACIÓN DE LA ROE**

Por herramientas de aplicación de las ROEs entendemos aquellos sistemas que, durante la aplicación de las mismas, facilitan su efectividad, su vigencia.

Como ya se ha señalado anteriormente, las ROEs están diseñadas para producir su efectividad en situaciones de anormalidad, de conflicto por lo que se convierte en esencial que, en esas situaciones de estrés, las reglas sean conocidas y entendidas por todos los destinatarios a fin de ser respetadas y a fin de evitar situaciones de descontrol, de caos y en definitiva de peligro.

Dentro de estas herramientas podemos destacar una regla nemotécnica que condensa los principios esenciales de las ROE y una tarjeta de bolsillo ROE que va a contener un resumen de aquellos puntos que se consideren más importantes.

La regla nemotécnica está constituida por una palabra clave «RAMP», formada por las primeras letras de:

---

<sup>26</sup> ROE Requerida.

<sup>27</sup> ROE Autorizada.

<sup>28</sup> Un ejemplo de ello puede ser lo que ocurrió en Bosnia con la SFOR. Con ocasión de una reunión de embajadores celebrada por el Consejo Atlántico el 5 de septiembre de 1999, SACEUR señaló la importancia de que SFOR llevara a cabo una acción que permitiese asegurar la existencia de medios de comunicación libres y que de manera específica permitiera la libertad de expresión de medios de comunicación favorables a la aplicación de los acuerdos de paz de Dayton, que en muchos casos permanecían silenciados por la acción de grupos radicales. Con éste motivo, el Consejo adoptó una modificación ampliatoria de las reglas con el fin de permitir a los componentes de SFOR el uso de la fuerza contra los medios de comunicación locales que incitaran a la violencia.

- Responder a la fuerza con la fuerza, siempre se tiene derecho a repeler actos hostiles con la fuerza necesaria y proporcional.
- Anticiparse al ataque, se puede emplear la fuerza pero solo si hay un indicio claro de un intento hostil.
- Medir la cantidad de fuerza que se va a emplear, únicamente hay que emplear la cantidad de fuerza necesaria para proteger la vida y cumplir la misión.
- Proteger con fuerza mortífera únicamente la vida y aquellas propiedades específicamente señaladas. No utilizar este tipo de fuerza cuando se esté protegiendo otro tipo de propiedades.

La tarjeta ROE va a ser un documento en el que de manera muy resumida se contengan principios básicos, la finalidad es facilitar la difusión de las mismas en todos los niveles, a todos y cada uno de los miembros de la fuerza.

## **XII. LA ROE EN EL CÓDIGO PENAL Y EN NUESTRO CÓDIGO PENAL MILITAR**

La referencia que a las ROEs se hace desde el Código Penal, LO 10/1995, es escueta, no obstante, la misma puede extraerse del Art 615 cuyo tenor dicta:

1.- *«La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores».*

2.- *«Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados».*

3.- *«La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores».*

Cuando el tenor literal del precepto alude a los Capítulos II, II bis y III de título, se está remitiendo a:

- Delitos de Genocidio.
- Delitos de Lesa Humanidad.
- Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Cuando nos referimos al Uso de la Fuerza regulado en el Código Penal Militar, tenemos que acudir a la regulación que sobre la misma se extrae de los siguientes preceptos del texto:

- Título II, Libro II: «Delitos contra las leyes y usos de la guerra».

Art. 69: *«El militar que maltratare de obra a un enemigo que se ha rendido o que no tiene ya medios para defenderse... Si le causare lesiones graves... Y si le causare la muerte».*

Art. 70: *«El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos...».*

Art. 71: *«El militar que, violando las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España relativos a la navegación en tiempos de guerra, destruyere innecesariamente un buque no beligerante, enemigo o neutral, sin dar tiempo suficiente para poner a salvo la tripulación y pasaje».*

ART. 72: *«El militar que violare la suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo...».*

ART. 73. *«El militar que saqueare a los habitantes de poblaciones enemigas o, sin exigirlo las necesidades de la guerra, incendiare, destruyere, o dañare gravemente edificios, buques, aeronaves u otras propiedades enemigas no militares...».*

### **XIII. LA ROE EN LA LEY DE LA CARRERA MILITAR Y REALES ORDENANZAS**

Las ROEs se han recogido en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, estableciéndose en su artículo 4, regla sexta, lo siguiente:

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».*

Además, son mencionadas en las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, en los siguientes artículos:

Artículo 42. *«Manejo y uso de las armas. Pondrá máxima atención en todo lo concerniente al manejo de las armas, especialmente en la aplicación de las normas de seguridad, consciente de su gran importancia. Para hacer uso de ellas, se atenderá estrictamente a la normativa vigente, órdenes recibidas y reglas de enfrentamiento».*

Artículo 84. *«Uso legítimo de la fuerza. En el empleo legítimo de la fuerza, el militar hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe».*

Artículo 94. *«Respuesta ante situaciones cambiantes. El conocimiento y cumplimiento de las reglas de enfrentamiento le permitirán hacer frente a las situaciones cambiantes de cada momento, debiendo estar preparado para asumir la protección de la población afectada y los riesgos consiguientes».*

### **XIV. CONCLUSIONES**

La existencia en el plano internacional de organizaciones que, trascendiendo la entidad propia de una nación, diseñan el marco al que las naciones integrantes tienen que acomodar su proceder, ha provocado que el concepto clásico de guerra evolucione

para convertirse en una figura más compleja compuesta por objetivos múltiples. Ya no solo se persigue ganar la guerra, sino que la intervención de las fuerzas persigue la evitación misma del conflicto, promover la paz, apoyo humanitario y colaboración con autoridades civiles en catástrofes internacionales.

En este marco, la ROE se configura como el instrumento mediante el que se armonizan no solamente cuestiones militares, sino propósitos políticos. La conjugación de estos factores se torna imprescindible en la medida en que ha de servir de cauce para el desarrollo de las relaciones multinacionales.

En este panorama multinacional, y partiendo de un análisis jurídico de estas reglas, significar que, si la actuación de las naciones responde regularmente a necesidades que trascienden sus propias necesidades nacionales, el espíritu legal al que responden las ROEs, trasciende igualmente ese marco legal nacional encontrando su correspondencia en el Derecho de los Conflictos Armados, en el Derecho Humanitario, en definitiva, en ese «Derecho Global» que en realidad se trata del único derecho, el Derecho Internacional.

Como ya apuntamos en el epígrafe correspondiente, es precisamente su naturaleza jurídica la dimensión que mayores controversias suscita. Descartada la naturaleza legal y reglamentaria de este instrumento, no cabe opción sino a entenderlas como acto administrativo emitido por la autoridad investida de competencia al efecto, el mando militar. El incumplimiento de una de estas reglas determinará la exigencia de responsabilidades, bien penales, bien disciplinarias, graduadas en todo caso en función de la gravedad de la conducta observada.

Estos actos administrativos responden, en definitiva, a una doble finalidad: por una parte, la de controlar al mando en la adopción de las órdenes durante el desarrollo de las hostilidades y, en segundo lugar, al de creación de una guía unificada, sencilla y práctica a la que los combatientes amolden su conducta como regla de una actuación homogénea.