

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

**73**

ENERO  
JUNIO  
1999

## I. DOCTRINA

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

## DIRECTOR:

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
General Consejero Togado

## CONSEJO EDITORIAL:

José Jiménez Villarejo, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. José María Ruiz-Jarabo Ferrán, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Angel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Agustín Corrales Elizondo, General Consejero Togado, Asesor Jurídico General. Antonio Mozo Seoane, General Consejero Togado, Presidente del Tribunal Militar Central. Francisco Menchén Herreros, Coronel Auditor, Vicesecretario General Técnico.

## CONSEJO DE REDACCIÓN:

Luis Bernardo Alvarez Roldán, General Auditor. Javier Aparicio Gallego, General Consejero Togado, Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. Jesús Bello Gil, Teniente Coronel Auditor. José Luis Bermúdez de la Fuente, Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. José Manuel Blanque Avilés, Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo. Francisco Blay Villasante, General Consejero Togado. Estanislao Cantero Núñez, Coronel Auditor. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Teniente Coronel Auditor. Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela. Juan Manuel García Labajo, Teniente Coronel Auditor. José Rojas Caro, General Auditor. José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz, Capitán Auditor, Letrado del Consejo de Estado. Antonio Millán-Garrido, Comandante Auditor, Catedrático de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, General Consejero Togado. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Antonio Pérez Parente, Coronel Auditor. Fernando Pignatelli Meca, Coronel Auditor. José Manuel Martín Carmona, Teniente Coronel Auditor. Rafael Matamoros Martínez, Teniente Coronel Auditor. Carlos Pérez del Valle, Comandante Auditor, Letrado del Tribunal Supremo.

## SECRETARIO:

Carlos Eymar Alonso  
Coronel Auditor

## SECRETARIOS ADJUNTOS:

Pedro Escribano Testaut, Capitán Auditor. Manuel Colás Gómez de Barreda, Capitán Auditor y David Suárez León, Capitán Auditor

## REDACCIÓN:

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de los Ingenieros, 6 Madrid-28047.  
Teléfs.: 91 422 07 09

## SUSCRIPCIONES:

Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica: Ministerio de Defensa.  
Juan Ignacio Luca de Tena, 30 - 28027 Madrid. Teléf.: 91 205 42 22. Fax: 91 205 40 25  
C. electrónico: Publicaciones@mde.es.  
Precio de este número: 1.000 Ptas.  
Suscripción anual: 1.600 Ptas. (2 números).

Se ruega dirigir la correspondencia de colaboradores e intercambio a la redacción.  
Rogamos nos comuniquen los cambios o errores en su Dirección.

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

**73** ENERO  
JUNIO  
1999

**I. DOCTRINA**

MADRID





Edita: Ministerio de Defensa  
Secretaría General Técnica

© Editor y Escuela Militar de Estudios Jurídicos

NIPO: 076-99-010-0

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de edición: mayo 2000

# ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 73 ENERO-JUNIO 1999

## EDITORIAL

### I. DOCTRINA

#### 1. ESTUDIOS

- 1.1. CÁRCELES NIETO, Antonio: Principios Generales que informan la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. . . . . 15
- 1.2. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: Cuerpos y Fuerzas de Seguridad . . . . . 37
- 1.3. PÉREZ DEL VALLE, Carlos: Imputación de resultados y Derecho Penal Militar . . . . . 159

#### 2. NOTAS

- 2.1. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús: La competencia de la Jurisdicción Militar para el conocimiento de los procedimientos de prevención de los juicios de testamentaria y «*ab intestato*» . . . . . 181
- 2.2. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional . . . . . 197

### II. TEXTOS

#### 1. LEGISLACIÓN

- Instrumento de ratificación por parte de España de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas anti-personal y sobre su destrucción, hecha en Oslo el 18 de septiembre de 1997 . . . . . 213
- Instrumento de ratificación de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, hecha en Nueva York el 9 de diciembre de 1994 . . . . . 213



— Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .....	213
— Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas .....	213
— Orden Ministerial número 104/1999, de 15 de abril, por la que se modifica la Orden Ministerial 86/1993, de 13 de septiembre, por la que se crea para las Fuerzas Armadas el Distintivo de Mérito por Operaciones de Mantenimiento de la Paz .....	213
— Orden de 14 de abril de 1999, por la que se establecen criterios para la emisión de la comunicación a los interesados prevista en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.....	213
— Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 .....	213

## 2. JURISPRUDENCIA

2.1. Jurisprudencia Contencioso-Administrativa. Por el Dr. D. Emilio Fernández Pineyro Hernández .....	217
--	-----

## III. BIBLIOGRAFÍA

### 1. RECENSIÓN DE LIBROS

1.1. «Ciudadano y Soldado», de David Blanquer. Por D. Francisco Blay Villasante .....	253
---	-----

1.2.	«Los espacios marítimos en el nuevo Derecho del Mar», de José Luis Meseguer Sánchez. Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999. Prólogo de José Antonio Pastor Ridruejo. 389 págs. Por D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. . . . .	259
1.3.	«Compendio de Derecho Militar Mexicano» de R. J. Bermúdez Flores. Por Santiago Prados Prados . . .	266
<b>2.</b>	<b>NOTICIA DE LIBROS</b>	
2.1.	Por D. Carlos Eymar Alonso . . . . .	273
<b>3.</b>	<b>RECENSIÓN DE REVISTAS</b>	
3.1.	«‘Rassegna della Giustizia Militare. Set-déc. 1995. Por D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto	285

#### **IV. INFORMACIÓN**

- Reunión de Expertos de países iberoamericanos sobre adaptación de la legislación penal interna para la sanción de las infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario . . . . .	291
- Clausura del V Máster en Seguridad y Defensa . . . . .	294
- Primeras y Segundas Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa . . . . .	295

## EDITORIAL

En el número 61, correspondiente a Enero-Junio de 1993, al socaire de una reestructuración de la Revista y de la institucionalización de sus órganos rectores y como pórtico de la nueva andadura, publicamos un editorial agradeciendo la labor del que fue su Director tantos años, el Consejero Togado D. José-Luis Fernández-Flores y depositando la esperanza en el nuevo Director, el también Consejero Togado D. Francisco Blay Villasante, que aportaba talante, dedicación y bagaje de jurista comprometido.

Pero habiéndose instaurado por el Ministerio de Defensa el criterio del tope de la edad del retiro para el ejercicio del cargo, en Abril del año 1995 cesó en la Dirección el General Blay, luego de una magnífica labor en la que supo, no solo, mantener el techo del prestigio de la REDEM, sino acrecentarlo. Le sucedió, con iguales méritos, el General Auditor D. Carlos Girgado Doce, que, además, afrontó el peligro de la desaparición de la Revista por motivos presupuestarios, del que, con su entrega y entereza, salió victorioso. También por las mismas razones de haber alcanzado la edad del retiro, ha tenido que cesar en el cargo. Pedimos disculpas por no haber explicado entonces las razones de los cambios, aprovechando ahora la ocasión para expresar nuestra profunda gratitud a ambos Directores, por su fecunda labor, entusiasmo y logro de las metas para las que fueron nombrados.

Les sucede en la Dirección de la Revista el General Consejero Togado Doctor D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, vinculado a nuestra publicación desde 1983, desde cuya fecha ha sido sucesivamente miembro del Consejo de Redacción, Secretario, miembro del Consejo Editorial (en su condición de Auditor Presidente del Tribunal Militar Central) y Delegado del Consejo de Redacción. La continuidad en la línea editorial de la Revista parece pues asegurada con el nombramiento de una persona comprometida con nuestra publicación, vinculada al campo de la investigación científica y con abundante obra escrita en las disciplinas jurídicas

más afines y de mayor interés para el Derecho aplicable en el ámbito del Ministerio de Defensa o por la Jurisdicción Militar.

La Revista Española de Derecho Militar pretende continuar su trayectoria, que pronto alcanzará el hito venerable de los setenta y cinco números impresos (en una publicación semestral iniciada en el año 1956), profundizando en una dimensión académica, científica, profesional e internacional, que rebase el limitado ámbito de la expresión corporativa o institucional, para constituirse en un foro abierto donde encuentren cabida (siguiendo su mejor tradición) todas las aportaciones que, con el mayor nivel de conocimiento y tratamiento doctrinal, se relacionen con los problemas jurídicos de la Defensa Nacional. Ello no significará descuidar los aspectos prácticos que se concretan en la aplicación del Derecho por los Tribunales de Justicia y Organos consultivos de la Administración, particularmente los Tribunales castrenses y las Asesorías Jurídico-militares, ni desconocer que la Revista es también un instrumento adecuado (y a veces imprescindible) para informar en materia de normas nacionales o internacionales, estudiar nuestra Historia, dar cuenta de las novedades que presenta el Derecho Comparado, analizar la mejor bibliografía jurídica o dar noticia de las reuniones científicas de interés para nuestros lectores.

Finalmente, unas palabras de gratitud para nuestros suscriptores y para quienes utilizan la Revista como instrumento de trabajo. Ellos son los verdaderos protagonistas de ésta publicación y los destinatarios de nuestras inquietudes para mejorarla. Muy especialmente, nos ponemos a disposición de aquellos que en su juventud se dedican al estudio, investigación y difusión de las ciencias jurídicas en el ámbito del Ministerio de Defensa, del Cuerpo Jurídico Militar, de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de las Administraciones Públicas, de la Administración de Justicia, de los Colegios de Abogados, de la Universidad o de otras Instituciones Públicas o Privadas. En la seguridad de que sabemos valorar el empleo de su tiempo, su aportación científica y no pocos esfuerzos, como una decisiva contribución al progreso de las ciencias y normas jurídicas relacionadas con la Defensa Nacional.

# **I. DOCTRINA**

# **1. ESTUDIOS**

## PRINCIPIOS GENERALES QUE INFORMAN LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS

Antonio Cárceles Nieto  
*Diputado por Murcia*  
*Congreso de los Diputados*

### I. ANTECEDENTES Y DOCTRINA

Abordar los Principios Generales que informan la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, exige tener en cuenta los antecedentes Legislativos, la Doctrina y la Jurisprudencia, así como el análisis detenido y las consideraciones generales sobre el debate parlamentario.

La promulgación de la Constitución Española de 1978 y, en concreto, lo preceptuado por su artículo 25 activó el debate acerca de las cuestiones relativas a la potestad disciplinaria de la Administración: su fundamento, sus límites, su verdadero carácter o naturaleza, y, dentro de éste último aspecto citado, la singularidad del Derecho Disciplinario militar.

El sistema general de garantías contenido en el artículo 24 de la Constitución Española: derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, hacia obligado replantear los principios y el alcance del poder sancionador del Estado. Así pues, el legislador habría de proceder a revisar el marco normativo de la potestad administrativa sancionadora, sobre la que los valores y derechos constitucionales incidían, por obvias razones histórico-políticas, con particular intensidad.

Fruto de esta obligada revisión normativa fue, en el ámbito específico del régimen disciplinario militar, la adopción del hasta ahora vigente régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que se encontraba regulado por Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, que entró en vigor, simultáneamente con el Código Penal Militar, el día 1 de junio de 1986.

Mediante la publicación de ambas normas se culmina en nuestro Derecho Militar la evolución dogmática del Derecho Disciplinario, que si, en principio, se consideró como simple rama del Derecho Penal, existiendo entre ambos una comunidad o identidad dogmático-jurídica sustancial, posteriormente se concibió como un ámbito jurídico independiente y distinto del penal, para, en la actualidad, y a la vista del trasvase de los principios y garantías básicas de la acción penal al campo disciplinario, concluir que la eventual diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario no es cualitativa o de naturaleza, en modo alguno, sino meramente cuantitativa, puesto que sus ilícitos presentan la misma estructura y elementos, radicando la diferencia únicamente en el distinto desvalor social de que aparecen revestidos.

El paso definitivo a la independización dogmática del Derecho Disciplinario será, como dice Mozo Seoane, el recurso a la teoría de las «relaciones especiales de sujeción» como título específico, y ya netamente jurídico-administrativo, que legitima el poder disciplinario sobre quienes entran en una relación de servicio con el Estado, como los funcionarios, o sobre los que están también sometidos a una relación de poder especial, como soldados, estudiantes, presos, etc.

Convertida, paulatinamente, la relación de sujeción especial en un concepto radicalmente indeterminado, ambiguo y, a la postre, inútil, la reacción se produce de la mano de la afirmación y profundización de las exigencias del Estado de Derecho a través del proceso de jurisdiccionalización del Derecho Disciplinario.

En el aspecto procedimental o adjetivo, y frente a la «precariedad formal» de los procesos disciplinarios seguidos por la Administración en su ámbito interno, por contraste a las garantías que ofrece el enjuiciamiento ante los Tribunales, la organización del sistema represivo disciplinario, aún manteniéndolo en la órbita administrativa, lo dota de un alto grado de autonomía e independencia funcional y extiende a dicho procedimiento el bloque sustancial de garantías procesales que es hoy inseparable del Estado de Derecho.

En consecuencia, la diferencia, hoy, entre el Derecho Penal y el Disciplinario no es cualitativa, tesis que sostiene que uno y otro orden jurídico tutelan intereses de distinta naturaleza, sino meramente cuantitativa, por cuanto que, el proceso de jurisdiccionalización del Derecho Disciplinario protege, al igual que el Penal, auténticos bienes jurídicos, es decir, intereses socialmente relevantes, de manera que, según esto, la eventual diferencia entre uno y otro no puede pretenderse en base a la distinta naturaleza de los intereses que persiguen.

En este sentido, afirma Rodríguez Villasante y Prieto que la polémica adscripción del Derecho sancionador al campo del Derecho Penal o al ámbito del Derecho Administrativo es, en nuestro país, asunto constitucionalmente resuelto, pues sin perjuicio de que puede hablarse de una unidad sustancial del Derecho represivo o sancionador, pues ambos son, a juicio del Tribunal Constitucional, «manifestaciones del poder punitivo del Estado», el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración no debe hacer olvidar que la atribución excepcional de una parcela del poder punitivo del Estado significa que el poder ejecutivo está esencialmente limitado por los otros dos poderes establecidos en la Constitución, el legislativo y el judicial, poderes estos que, en el campo del Derecho sancionador son garantes, respectivamente, de sendos derechos fundamentales constitucionalizados que no admiten excepciones en nuestro Estado de Derecho: el principio de legalidad de las infracciones administrativas y el derecho a la tutela judicial efectiva de todo sancionado por la Administración Pública.

Como se ha dicho, la promulgación, y entrada en vigor simultáneas, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y del Código Punitivo Militar, logró, en 1986, en nuestro Derecho Militar, como primer efecto, la nítida y efectiva separación entre la esfera penal, comprensiva de conductas delictivas, y la esfera disciplinaria, en la que, por primera vez con carácter formal y materialmente autónomo respecto al Derecho Punitivo militar, se van a recoger aquellas conductas cuya sanción y castigo, con independencia de su naturaleza y por su mayor venialidad, se reserva al mando militar, como instrumento para el mantenimiento de la disciplina, por lo que, como afirma el Preámbulo de la nueva Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario, «de este modo la autonomía legislativa del Régimen Disciplinario quebraba la tradicional unidad, originadora en algunos casos de confusión, de la regulación de lo penal y lo disciplinario».

El Derecho Disciplinario militar participa de la misma naturaleza que el Derecho Penal militar, ya que es evidente que el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario tienen, en la esfera militar, una misma finalidad, un idéntico objetivo básico y una comunidad de fundamento material: la tutela de todos aquellos valores considerados esenciales para el funcionamiento y eficacia de la organización militar. Por lo tanto, la naturaleza de los respectivos ilícitos se revela idéntica, sin diferencia cualitativa o material alguna sino puramente cuantitativa, según el mayor o menor desvalor que se atribuya a cada conducta constitutiva del injusto.

En conclusión, la frontera entre el Derecho Penal militar y el Derecho Disciplinario militar es, esencialmente, de política legislativa, ya que al primero irán a parar los ilícitos considerados más graves o que incorporen intereses necesitados de la máxima protección jurídica, mientras que para la acción disciplinaria quedarán los de menor gravedad o necesitados de una represión más ágil y eficaz. Sin embargo, esta decisión del legislador relativa a la escisión de una u otra materia no puede ser arbitraria e ilimitada, pues, en primer lugar, y como afirma el Tribunal Constitucional, todo poder constitutivo encuentra límites constitucionales al ejercicio de sus competencias, y, en segundo término, y en cuanto a la despenalización de conductas y su trasvase al ámbito disciplinario, existen unas reglas de base dogmática limitativas de la libertad del legislador, que aparecen recogidas en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de junio de 1976 «caso Engel», y a tenor de las cuales el Convenio permite sin ninguna duda a los Estados, en el cumplimiento de su función de guardianes del interés público, mantener o establecer una distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, así como fijar sus límites, pero solamente bajo ciertas condiciones. Les deja libres para tipificar como infracción penal una acción u omisión que no constituya el ejercicio normal de uno de los derechos que protege: ello se deduce especialmente del artículo 7, escapando, en principio, tal elección al control del Tribunal Europeo. Pero la elección inversa obedece a reglas más estrictas, pues si los Estados pueden discrecionalmente calificar una infracción de disciplinaria en lugar de criminal o perseguir disciplinariamente al autor de una infracción con preferencia a la vía penal, el juego de las cláusulas de los artículos 6 y 7 del Convenio se encontraría subordinado a la voluntad soberana de los Estados contratantes, conllevando una laxitud tan amplia el riesgo de llevar a resultados incompatibles con el fin y el objetivo del Convenio, por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene competencia para asegurarse de que el procedimiento disciplinario no sustituya indebidamente al penal.

Frente al silencio que el legislador disciplinario militar español de 1985 guardó respecto a la fundamental cuestión de la escisión, que entonces se llevó novedosamente a cabo, de la materia penal y la disciplinaria militar, recuérdese que la Ley Orgánica 12/1985 no contiene si quiera un Preámbulo, cuando, por obvias razones, necesitaría una verdadera «Exposición de Motivos» que ayudase a resolver algunos de los problemas que plantea, el Preámbulo del Código Penal Militar sí confiesa, siquiera sucintamente, el acogimiento de la tesis según la cual el Derecho

Disciplinario militar y el Derecho Penal militar participan de la misma naturaleza, sin que sea posible encontrar, entre los respectivos ilícitos que sancionan, diferencia cualitativa o material alguna, sino la puramente cuantitativa del mayor o menor desvalor que se atribuya a cada conducta constitutiva del injusto, prevaleciendo en definitiva un criterio formal que deja exclusivamente los delitos dentro del Derecho Penal militar, excluyendo las faltas militares, que van a parar a un nuevo y cuidado derecho disciplinario castrense.

En la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario, sí hay, ahora, un cuidado Preámbulo en el que, como se ha dicho, y por lo que afecta a esta fundamental cuestión se hace referencia a los objetivos que perseguía aquel «importante punto de inflexión en el régimen disciplinario» que fue, en su día la Ley Orgánica 12/1985.

Otro objetivo, también logrado con la promulgación de la Ley Orgánica 12/1985, al que igualmente se hace referencia en el Preámbulo de la nueva ley, fue el de hallar el necesario equilibrio entre la protección de la disciplina, factor esencial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas y las garantías individuales recogidas en la Constitución, incorporando a la materia disciplinaria militar un conjunto de derechos constitucionales de inexcusable observancia, inspirándose para ello en la doctrina que sobre esta materia se contiene en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional.

Para Rodríguez-Villasante y Prieto, es evidente que en el procedimiento regulado en la Ley Orgánica 12/1985 se han tratado de aplicar los derechos fundamentales al ejercicio de la potestad sancionadora castrense, y así la audiencia del interesado, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa, la presunción de inocencia y el derecho a utilizar el asesoramiento de letrado para la defensa reciben un reconocimiento explícito en el procedimiento sancionador militar.

El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas queda sometido a los principios constitucionales que se deducen del artículo 25, apartados 1 y 3, de la Constitución en los términos en que han sido interpretados por el Tribunal Constitucional y de los que anteriormente se ha hecho mérito. Las peculiaridades del régimen disciplinario militar vienen dadas por la singular vigencia que en ámbito castrense tiene el principio general administrativo de jerarquía, de donde a su vez se deduce una especialísima y reforzada eficacia de la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas, con-

cepto éste que goza de relevancia constitucional a través de los artículos 28 y 29 de la Constitución, y que ha sido asumido por la jurisprudencia constitucional, en concreto en el Auto del Tribunal Constitucional 375/1983, de 30 de julio, al afirmar que «dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8.1 de la Constitución, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y su ordenamiento constitucional. A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa cohesión que obliga a todos por igual».

Con la perspectiva que ofrece el tiempo transcurrido desde su vigencia, es obvio que aún subsisten algunos problemas en la aplicación de la Ley Orgánica 12/1985, que, como afirma el Preámbulo de la nueva ley, se hace necesario corregir, si bien, ciertamente, también otros han desaparecido o han aminorado la trascendencia que tuvieron en los primeros tiempos de andadura de la Ley.

Recogiendo, en buena parte, los criterios que inspiran la Ley Orgánica 12/1985, el Proyecto tiene en cuenta que fue aquella, cual dice Rodríguez-Villasante y Prieto, la norma jurídica que ha causado mayor impacto en el ámbito castrense de entre las leyes reformadoras de la Justicia Militar, como más directamente aplicable en el ejercicio habitual del mando militar. Por ello, trata de convalidar las reformas que aquella implicó, y, estimándolas asimiladas, trata de avanzar y profundizar en la transformación del Derecho militar que el Régimen Disciplinario fletado en 1985 pretendió, conservando, eso sí, el punto de equilibrio a que se refieren Álvarez Roldán y Fortún Esquifino entre la protección de la disciplina, entendida como valor esencial y supremo de las Fuerzas Armadas y las garantías individuales previstas en la Constitución y en las leyes.

De lo expuesto se deduce que la finalidad primordial que inspira el Proyecto es, de un lado, afianzar y conservar aquellos aspectos de la antigua Ley que han demostrado su eficacia en el decurso del tiempo, pues no se trata de ignorarlos o rechazarlos, sino, por el contrario, de conservarlos en el nuevo texto, que recoge la experiencia de su aplicación en lo que tiene de positivo. De otro lado, se trata de proceder a una profunda revisión de aquellos otros aspectos de la antigua Ley en los que las necesida-

des del mantenimiento incólume de la disciplina en las Fuerzas Armadas demanda mejoras dirigidas a facilitar la aplicación del régimen disciplinario y a lograr el tratamiento adecuado de aquellas necesidades para permitir un correcto funcionamiento que, en definitiva beneficie a las Fuerzas Armadas, manteniendo y mejorando la necesaria calidad técnica y siempre dentro de los límites que imponen la Constitución y las Leyes.

El artículo 1 de la Ley, señala al hermeneuta el elemento teleológico que preside la norma disciplinario, de manera que, a la hora de llevar a cabo la subsunción del hecho real en la norma jurídica aplicable, no pierda de vista que las normas que integran el contenido del Proyecto tratan de completar las Reales Ordenanzas, las órdenes del mando y las demás normas que rigen la Institución militar y, sobre todo, la Constitución, a la que, ahora, se hace expresa mención, de manera que siendo éste el «telos» u orientación finalista de la normativa disciplinaria, sea, por así señalarse expresamente, el acervo de derechos y garantías fundamentales constitucionalmente proclamados, de directa observancia y aplicación a la hora de hacer efectivas las prescripciones de la Ley.

Se trata, pues, desde el punto de vista técnico-jurídico, de dar solución al incompleto o defectuoso tratamiento legal que determinados extremos esenciales del régimen disciplinario recibían en la Ley 12/1985, evitando tanto lagunas, inseguridad jurídica y, en definitiva, perjuicios para la propia disciplina, como la necesidad de acudir a normas de aplicación subsidiaria que no contemplan específicamente las peculiaridades de la organización castrense; de finalizar con la dispersión legislativa producida por las reformas parciales, que exige su ordenación y sistematización; y de incorporar los criterios sobre la interpretación de determinados preceptos sustantivos y adjetivos de la Ley sostenidos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo al texto de la misma, pues, en último término y en el estricto marco normativo en que nos encontramos, no puede dejar de tenerse en cuenta en sede de una reforma legal como la que nos ocupa, la fundamental, y, hoy ya, asentada en esta materia, labor nomofiláctica del Tribunal Constitucional y de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, a la que se debe la clarificación de diversos preceptos sustantivos y de procedimiento, labor que encuentra su sanción legal en el nuevo texto.

Otra razón, no estrictamente jurídica, pero sí obviamente de orden técnico, y, por qué no decirlo político, que abona la necesidad de abordar la reforma del régimen disciplinario no es sino la circunstancia, incuestionable, de que determinados acontecimientos acaecidos desde la entrada en

vigor de la Ley Orgánica 12/1985, han incidido especialmente en su virtualidad fáctica.

En primer lugar, es evidente que desde 1985 hasta ahora, las Fuerzas Armadas han experimentado una evolución, todavía no concluida en su organización y en sus actividades que carece del debido reflejo en el régimen disciplinario, siendo lo cierto que se presenta hoy la ocasión de adaptar el régimen disciplinario a las notas singulares que caracterizarán a las Fuerzas Armadas en un futuro próximo.

En este sentido, resulta preciso tener en cuenta el proceso, ya iniciado, mediante el Proyecto de Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, remitido el 28 de agosto de 1998 por el Gobierno al Congreso de los Diputados, hoy Ley 17/1999, de profesionalización de las Fuerzas Armadas para sustituir paulatinamente el actual modelo mixto por otro estrictamente profesional, en el que todos los efectivos de tropa y marinería serán profesionales. Esta circunstancia impone conjugar un régimen disciplinario dirigido fundamentalmente a un personal profesionalizado en su práctica totalidad, así como al personal «reservista», con el que resulta preciso para el personal de reemplazo que, durante un período transitorio, seguirá formando parte de las Fuerzas Armadas hasta que sea efectiva la previsión legal de suspensión de la obligación de prestar el servicio militar que se contiene en aquel Proyecto de Ley de Régimen de Personal.

De otra parte, también ha de tenerse en cuenta a estos efectos que las Fuerzas Armadas se encuentran inmersas en una profunda reorganización tendente a hacerlas más operativas para hacer frente a una nueva situación estratégica en la que debe atenderse a nuevas misiones, sustituyendo el despliegue territorial por otro más proclive a dar respuesta eficaz a aquéllas. Entre tales misiones destaca, por su novedad y complejidad, la participación en operaciones de mantenimiento y restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales, e, incluso, en operaciones de imposición de la paz y en las que conlleve un eventual ejercicio del derecho-deber de injerencia humanitaria que daría lugar, a la postre, a esa contradicción que, en sí misma, impondría una «guerra de humanidad» pero en todas las cuales es imprescindible no ya la participación, sino el sostén fundamental de las Fuerzas Armadas, pues, como se ha dicho, si los Ejércitos no están pensados para estas operaciones de paz, no es menos cierto que sólo los Ejércitos pueden llevarlas a cabo. Obviamente, este nuevo elenco de misiones, que se unen a las tradicionales de las Fuerzas Armadas, articuladas en torno a las que señala el artículo 8 de la Constitución, se encuentra íntimamente relacionado con aquel proceso de profesionalización.

En conclusión, estos son, genéricamente considerados, los criterios que constituyen lo que podríamos denominar las grandes líneas axiológicas que vertebran esta Ley, y con arreglo a las cuales se ha procedido a la redacción del mismo, cuyo contenido vamos a analizar.

## II. LA LEY EN EL DEBATE PARLAMENTARIO

La Ley incluye, en relación con la anterior legislación en la materia, cuantas mejoras permiten evitar dificultades a la hora de delimitar claramente el carácter disciplinario o penal de determinadas infracciones, evitando la inconcreción de normas que recíprocamente se implican y en las que se emplean conceptos en exceso valorativos, de cuya determinación no sólo depende la calificación jurídica disciplinaria o penal de los hechos y la entidad de la correspondiente respuesta o reproche que merezcan, sino, también, y en definitiva, las menores o mayores garantías del procedimiento administrativo o del proceso judicial en cuyo seno hayan de depurarse las responsabilidades en que se hubiera podido incurrir.

La subordinación necesaria de la potestad administrativa sancionadora a la judicial que se deduce del principio de legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución, implica, entre otros extremos, como ya afirmó la STC 77/1983, de 3 de octubre, la imposibilidad de que los órganos administrativos lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según la legislación penal, en tanto la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos, así como la necesidad de respetar los efectos de cosa juzgada, lo que se lleva a cabo en el artículo 4 del nuevo texto, si bien se añade que la garantía de que sólo podrá recaer sobre los mismos hechos sanción penal y disciplinaria cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido, si bien es posible la incoación y tramitación simultánea de un procedimiento disciplinario y de un proceso penal por los mismos hechos, aún cuando la resolución definitiva del primero sólo se producirá cuando fuere firme la sentencia dictada en el proceso penal y siempre que concurra aquel requisito de falta de identidad del bien jurídico protegido.

La relación de éste precepto con el artículo 17.6 de la Ley y al objeto de asegurar el adecuado respeto por la Administración sancionadora militar al principio sancionador «*non bis in idem*», determina que la Disposición Adicional Primera del Proyecto obligue a los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria a comunicar al Ministerio de Defensa toda

Resolución que ponga fin a los procesos penales que afecten a personal incluido en el artículo 3 del Proyecto, determinante del ámbito material subjetivo de aplicación del mismo. En todo caso, debe recordarse que la dualidad de sanciones en relaciones de sujeción especial exige, para ser admisible, una serie de requisitos que, en síntesis, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional son que los hechos a considerar en el procedimiento disciplinario sean exactamente los mismos que aquellos que previamente se han enjuiciado y calificado en el proceso penal, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, de ahí que el artículo 4 precise que la declaración de hechos probados en el proceso penal vinculará a la Administración sancionadora militar; que el interés jurídicamente protegido sea distinto en uno y otro caso; y que la sanción sea proporcionada a esa protección, circunstancias última que si no se ha incorporado expresamente al texto como límite sustantivos de la potestad sancionadora militar, resulta igualmente exigible. En este sentido, conviene precisar y recordar la general oposición a la redacción del artículo cuarto de la Ley al considerar los grupos parlamentarios vulnerado el ya referido principio «*non bis in idem*».

En cuanto a la tipificación de las infracciones, la Ley comprende las faltas leves, graves y extraordinarias y, lógicamente, las sanciones correspondientes a ellas, así como también las medidas de carácter cautelar, quedando circunscrito a ellas el ámbito objetivo de la propia Ley. Quedan, pues, excluidas de su ámbito las infracciones de carácter penal cometidas por quienes se encuentren sujetos al ámbito material subjetivo de aplicación de la Ley, ya sean de las previstas en el Código Penal de 1995 o en el Código Penal Militar de 1985; las infracciones disciplinarias cometidas en proceso judicial militar; las infracciones y sanciones a que se encuentran sujetos quienes ejerzan cargos judiciales, fiscales y Secretarías Relatorias, en su caso; las faltas académicas cometidas por los alumnos de los centros docentes militares de formación; y las demás faltas administrativas previstas en disposiciones de esta índole que quienes estén sujetos a aquél ámbito material subjetivo puedan cometer.

En materia de infracciones disciplinarias, la Ley, con los oportunos matices, conserva la división bipartita de su clasificación en leves y graves, así como causas de responsabilidad disciplinaria extraordinaria, continuando con el mantenimiento de ésta última denominación una línea tradicional en el Derecho Militar que fue respetada por la Ley Orgánica 12/1985, evitando la utilización del término «muy graves».

Igualmente, tiene en cuenta que el elenco de infracciones hasta ahora recogido es lo suficientemente amplio para acoger todos los actos que pueden quebrantar la disciplina, el servicio, la hacienda militar o la observancia de los deberes cívicos o políticos del militar, mediante una descripción de los mismos en la que resulta inevitable, en ocasiones, acudir a remisiones a otras normas contenidas en el Código Penal Militar, en las Reales Ordenanzas o en el régimen interior. Por ello, el incremento de la tipología de nuevo cuño es muy reducido. La adición de nuevos hechos punibles se limita a los estrictamente imprescindibles, bien mediante su formulación autónoma, bien por vía de nueva redacción de los ya existentes, sólo en aquellos supuestos en los que se considera preciso ampliar la conducta reprochable a modalidades, elementos o circunstancias no previstas en la legislación anterior. A tal efecto, la incorporación de nuevos tipos disciplinarios se procura, bien mediante su formulación autónoma, bien mediante una nueva redacción de los ya existentes, más acorde con el principio de legalidad, eliminando, en lo posible, conceptos jurídicos indeterminados de los que adolecía la anterior regulación, que no parece conveniente mantener en aras de la seguridad jurídica.

Una novedad que en ésta cuestión se introduce en la nueva Ley es que, aunque se mantiene la división bipartita de las infracciones en leves y graves, tradicional en el derecho militar, se abandona la no menos tradicional regulación separada y autónoma de las causas de responsabilidad disciplinaria extraordinaria, concebidas del modo que ha expuesto el Tribunal Constitucional, por no ser tan sustancialmente distintas de aquéllas. Ello permite, además, elevar a la categoría de estas causas determinados actos gravemente contrarios a la disciplina, el servicio o la dignidad militar, que no constituyan delito, así como las actuaciones que afecten a la libertad sexual de inferiores o iguales, del mismo o distinto sexo, con prevalimiento de la condición de superior, de antigüedad, de superioridad física o de cualquier circunstancia análoga, o la embriaguez y consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad, sancionando como falta leve los actos episódicos de embriaguez vistiendo el uniforme, públicamente o en acuartelamientos, bases, buques, etc., y como falta grave estos mismos supuestos cuando son en acto de servicio de armas o portando éstas, así como la tolerancia de esta conducta. Resulta a este respecto digno de destacar la, a nuestro juicio, evidente mejora que el Proyecto recibió en su tramitación en el Congreso en relación con esta concreta cuestión, de manera que se agrava tanto la ingesta alcohólica como la de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y la

introducción, tenencia y consumo de estas últimas en acuartelamientos, buques, bases, etc., así como su consumo público o vistiendo uniforme, introduciendo, en todo caso, como nueva falta grave la realización de actos que afecten a la libertad sexual y como causa de responsabilidad disciplinaria extraordinaria determinante de la incoación de expediente gubernativo la realización de cualquier actuación que afecte a la libertad sexual de inferiores o iguales, del mismo o distinto sexo, prevaliéndose de cualquiera de aquellas circunstancias que otorgan superioridad cuando tal actuación no constituya delito.

Asimismo, dada la trascendencia y reproche social de las conductas relacionadas con el consumo de drogas, se ha optado por elevar a la categoría de falta grave la introducción, tenencia y consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y su consumo en los términos antedichos, y se considera causa de responsabilidad disciplinaria extraordinaria el hecho de embriagarse o consumir éstas sustancias con habitualidad.

En concreto, en las faltas leves contenidas en el artículo 7, las novedades más importantes son las atinentes, respecto a la actuación consistente en prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, a la posibilidad de que los militares de reemplazo no incurran en violación del deber de respeto del principio de neutralidad política en los términos señalados por la Ley determinante de la conjugación de este ilícito cuando, fuera de los recintos, acuartelamientos, buques, aeronaves y demás establecimientos militares, sin vestir uniforme y durante el tiempo en que no estén obligados a permanecer y pernoctar en los mismos, realicen las actividades políticas o sindicales derivadas de su adscripción de una u otra índole, siempre que tales actividades no se lleven a cabo en relación, directa o indirecta, con sus compañeros o superiores, ni incidan, también directa o indirectamente en actos relacionados con el servicio, ni con las Fuerzas Armadas, su organización, estructura y misiones; la reducción a veinticuatro horas y a cinco días del plazo máximo de la ausencia injustificada del destino, según se trate de militares profesionales o de reemplazo; la reducción de dicho plazo a cinco días para los alumnos de centros docentes militares de formación; la incriminación de la inexactitud o descuido en la tramitación reglamentaria de las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados; la incriminación de hechos consistentes en promover o tomar parte en alteraciones del buen orden que se realicen en el curso de actividades militares, o en acuartelamientos, bases, buques,

aeronaves, o establecimientos militares, sin afectar al interés del servicio; y el referir a la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, los representantes de otras naciones, las fuerzas armadas y los cuerpos que las componen, y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así sus mandos y autoridades militares, la falta leve de emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio, cuando no constituya infracción más grave o delito. Si bien, la ligera irrespetuosidad a que hace referencia el artículo 7.13 ha quedado modificada en el trámite del Senado desapareciendo la expresión «ligera».

A su vez, en las faltas graves contenidas en el artículo 8, las novedades a destacar consisten en referir, también, a la Constitución, la Corona, etc., la actuación consistente en, manifiesta y públicamente, emitir o tolerar aquellas expresiones contrarias, realizar actos irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio; respecto a la actuación consistente en estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a reuniones públicas o manifestaciones de carácter político o sindical, ejercer cargos de dicha índole o aceptar candidaturas para ello, sin haber solicitado el pase a la situación legalmente establecida o en los casos exceptuados por las leyes, a la posibilidad de que los militares de reemplazo no incurran en violación del deber de respeto del principio de neutralidad política en los términos señalados por la Ley determinante de la consumación de este ilícito cuando, fuera de los recintos, acuartelamientos, buques, aeronaves y demás establecimientos militares, sin vestir uniforme y durante el tiempo en que no estén obligados a permanecer y pernoctar en los mismos, realicen las actividades políticas o sindicales derivadas de su adscripción de una u otra índole, siempre que tales actividades no se lleven a cabo en relación, directa o indirecta, con sus compañeros o superiores, ni incidan, también directa o indirectamente en actos relacionados con el servicio, ni con las Fuerzas Armadas, su organización, estructura y misiones. Se ha elevado a falta grave la actuación consistente en ordenar la ejecución de prestaciones de tipo personal ajenas al servicio, que en el Proyecto remitido por el Gobierno figuraba como falta leve y, cual se dijo, se ha mantenido como falta grave la realización de actos que afecten a la libertad sexual, elevando *ex novo* a la categoría de causa de responsabilidad disciplinaria extraordinaria el hecho cuando la actuación afecte a la libertad sexual de inferiores o iguales, del mismo o distinto sexo, prevaliéndose de cualquier

condición de superioridad, siempre que tal actuación no constituya delito de acoso sexual. Finalmente, se ha fijado entre veinticuatro horas y tres días para los militares profesionales y de cinco a quince días para los de reemplazo y los alumnos de centro docente militar de formación el plazo de ausencia injustificada para que ésta constituya, en tiempo de paz, falta grave, término eliminado en el trámite del Senado.

Por último, con una ordenación sistemática más adecuada, las causas de responsabilidad disciplinaria extraordinaria pierden, en buena medida, la autonomía de que gozaban en la Ley Orgánica 12/1985, lo que constituye un notable acierto, puesto que, como se desprende de la STC 270/1994, de 17 de octubre, la responsabilidad extraordinaria que de las mismas pueda derivarse, al margen de su cualificación e intensidad, no es sustancialmente distinta de la que se desprende de la comisión de faltas leves o graves.

En lo que a la previsión de sanciones se refiere, al igual que ya hacía la Ley Orgánica 12/1985, distingue, de forma paralela a las conductas tipificadas y a su clasificación en función de su gravedad, entre sanciones por faltas leves, por faltas graves y sanciones extraordinarias.

En consecuencia, el régimen sancionador, en lo que se refiere a la clasificación de las sanciones, no sufre modificación alguna, al contrario de lo que ocurre respecto a la extensión de las mismas, que es objeto de una profunda reforma, de tal manera que el sistema de sanciones ordinarias se articula en función del carácter, leve o grave, de la infracción, contemplándose sanciones de diversa naturaleza, o de distinta extensión.

Igualmente, se prevé una adecuación de las sanciones por falta grave en función del carácter de militar profesional, de alumno de centro docente militar de formación, o de otros centros de formación, o de militar de reemplazo, aunque en el trámite del Senado se ha eliminado, por considerar confusa la expresión «o de otros centros de formación» no obstante, en el Senado se ha deslizado un error de sistemática del artículo 7.11 y en otros diversos extremos del articulado en relación con otros centros de formación.

Dato fundamental a tener en cuenta es que se ha optado por reducir el límite máximo de la sanción de arresto por falta grave a dos meses. Las razones que justifican esta reducción del límite máximo de la sanción de arresto por falta grave radican en la necesidad, generalmente manifestada por la doctrina, de adecuarlo a los parámetros imperantes en el Derecho Disciplinario comparado de los países de nuestro entorno occidental, en el que pocos prevén sanciones de arresto de dos meses de duración y en nin-

guno se supera. Esta reducción permitirá, además, que el límite mínimo de la pena de prisión, que el último inciso del párrafo primero del artículo 40 del Código Penal Militar fija en tres meses y un día, pueda bajar ante la concurrencia de circunstancias muy calificadas, sin confundirse, por ello, la pena con la sanción disciplinaria, ofreciéndose, así, la posibilidad, en una próxima reforma del texto punitivo militar, de disminuir a dos meses y un día de prisión el límite inferior de la pena privativa de libertad que actualmente se encuentra vedada, con los inconvenientes que ello supone y ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

La materia de infracciones y sanciones se complementa con las causas propias del expediente gubernativo y las sanciones disciplinarias extraordinarias.

Se han reordenado las causas que eventualmente dan origen a la responsabilidad disciplinaria extraordinaria exigible por medio de expediente gubernativo y que se concreta en unas sanciones que inciden exclusivamente en la esfera profesional del sancionado, acorde con su carácter de militar profesional, único destinatario posible de las mismas. Al propio tiempo, se simplifican las sanciones a imponer en los casos de condena penal y se suprime la sanción única. En todo caso, cuando la condena lo sea a una pena de inhabilitación no se sancionará por ésta causa por cuanto la misma es determinante, *per se*, de la pérdida de la condición de militar.

Por otra parte, se ofrece una regulación más completa de la prescripción de infracciones y sanciones, manteniéndose el transcurso del tiempo, concretado en diversos plazos según el tipo de faltas y sanciones, como causa de prescripción. Como novedad debe señalarse que el plazo de prescripción en caso de sentencia judicial condenatoria comenzará a computarse ahora cuando se reciba, por la Administración militar, testimonio judicial de la misma, lo que, puesto en relación con la obligación que expresamente se señala a los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria de poner en conocimiento del Ministerio de Defensa toda resolución que ponga fin a un proceso penal que afecte a militares, evitará la extinción de la responsabilidad por causa no imputable a la Administración Militar.

Para las faltas graves y las causas del expediente gubernativo se contempla la interrupción de la prescripción, por la tramitación del oportuno procedimiento, volviendo a correr el cómputo de plazo de prescripción, tanto para unas como para las otras, una vez finalizado el tiempo de interrupción. De este modo se unifica el tratamiento legal de la interrupción

de la prescripción, más acorde con la naturaleza de este instituto, evitando que, respecto a las faltas graves, la interrupción de la prescripción se convierta en una suspensión de la misma, tal como sucede en el texto ahora derogado.

En todo caso, a los militares de reemplazo no puede exigírseles responsabilidad disciplinaria desde el momento en que pasen a la reserva del servicio militar.

Con éste propósito se han definido las Autoridades y mandos con competencia sancionadora mediante fórmulas claras que permitan que todo militar que ejerza mando tenga la correspondiente competencia para sancionar. Y que, a través del ejercicio de ese mando, se identifique al militar con potestad disciplinaria, cuya competencia irá disminuyendo a medida que la entidad de la jefatura desempeñada sea menor. A tal efecto, conviene poner de manifiesto la evidente mejora que la nueva Ley ha sido objeto en esta materia en el Senado, en donde se ha vuelto a la redacción originaria del texto que remitió el Gobierno al Congreso de los Diputados, donde, todo hay que decirlo, se introdujo, entre las Autoridades con potestad disciplinaria, al Secretario de Estado de Defensa, cuando es lo cierto que resultaba más adecuado el texto originario, al que ahora se ha vuelto, por las disfunciones que, a la hora de sancionar, podrían surgir del choque competencial entre el Secretario de Estado y el Subsecretario de Defensa, en algunas ocasiones, siendo, de otro lado, incuestionable que la consideración del Secretario de Estado de Defensa como Autoridad con potestad disciplinaria no sólo constituiría una ruptura con el sistema orgánica que viene ya marcado en los artículos 19 y siguientes de la hasta ahora vigente Ley Orgánica 12/1985 y que, como acabamos de decir, se trata de conservar, sino que no se atendería a lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Organización General del Estado, cuyo artículo 1.f atribuye a los Subsecretarios «desempeñar la Jefatura superior de todo el personal del Departamento».

Por otra parte, no debe olvidarse que el parte y el arresto previo de cuarenta y ocho horas, en el que se concreta la facultad de corregir que a todo superior jerárquico viene atribuida en razón, tan sólo, del mayor empleo militar que ostente o, de ostentar el mismo empleo, en función de su consideración como superior en razón del cargo o función que desempeñe, es instrumento que permite hacer frente a las exigencias inmediatas del mantenimiento de la disciplina y a reconducir a la vía de mando directo la imposición de la sanción, y que este criterio atributivo de potestad disciplinaria, viene matizado por un conjunto de normas especiales dirigi-

das a dar respuesta a situaciones que así lo requieren en razón a las circunstancias de la persona, del lugar o de la función.

Sobre la base de la distinción entre el procedimiento por faltas leves, el que ha de seguirse por falta grave y el expediente gubernativo correspondiente a causas de las que se deriva responsabilidad disciplinaria extraordinaria, creemos que debe valorarse positivamente la nueva regulación procedimental de la Ley, sobre todo en los dos últimos supuestos, en cuanto que, en comparación con la legislación hasta ahora vigente, se preservan, aún más si caben, las garantías de los presuntos infractores, pudiendo afirmarse que se da cumplimiento a todas y cada una de las manifestaciones esenciales del derecho a la defensa proclamada en el artículo 24.2 de la Constitución: conocimiento de la acusación, posibilidad de oponer alegaciones, asistencia letrada, motivación de las resoluciones sancionatorias, recursos administrativos y jurisdiccionales, etc.

La Ley regula sustancialmente dos tipos de procedimientos. Uno, oral, para sancionar faltas leves, y otro escrito, para sancionar faltas graves y, con determinadas especialidades, para imponer sanciones extraordinarias mediante el expediente gubernativo.

El primero, dada la frecuencia en la comisión de faltas leves y la amplia gama de mandos con competencia sancionadora, está concebido de modo simplificado en sus trámites, caracterizado por la oralidad y sumariedad, la concentración de actos y la identificación en la misma persona de la dirección y resolución del procedimiento. Su objetivo es lograr el inmediato restablecimiento de la disciplina mediante la rápida sanción pero sin que ello signifique supresión de las garantías fundamentales que deben observarse, no habiéndose introducido novedades dignas de mención respecto a la legislación vigente.

El procedimiento escrito es de mayor complejidad dada la naturaleza de las sanciones a imponer. Se ha tratado de lograr el necesario punto de equilibrio entre la protección de los intereses de la disciplina y las garantías personales que deben respetarse en el procedimiento sancionador. Además de las garantías fundamentales, exigidas constitucionalmente, se han incorporado determinados derechos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, adaptándolos a las características del procedimiento sancionador. Así, el acceso al expediente, la obtención de copias y un precepto general de plazos. Se ha establecido, como regla general, en el artículo 57.1, que si el expedientado lo solicita, podrá conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación del pro-

cedimiento, dándosele vista del mismo, sin haber de esperar, como ocurre en la actualidad, a que se dé al encartado vista del procedimiento para que pueda formular alegaciones al informe o propuesta del Instructor. En materia de garantías destaca también la exigencia de motivación del acuerdo denegatorio de la práctica de pruebas solicitadas por el expedientado, su notificación al mismo para que, en su momento, si a su derecho conviene, pueda reproducir la petición y el asesoramiento (que podrá ser prestado por el abogado o militar de carrera o de empleo designados por el expedientado o, de tratarse éste último de un militar de reemplazo y no haber prestado su conformidad el militar designado o haberse solicitado asesoramiento de un militar sin designación específica, por quien asigne de oficio el Jefe de la Unidad de entre los Oficiales o Suboficiales destinados en la misma). Por último, el expedientado no tendrá que soportar esta condición hasta la conclusión del procedimiento, pues en cualquier momento de su tramitación, si el Instructor deduce la inexistencia de responsabilidad, propondrá la terminación del expediente.

Por lo que respecta a las medidas cautelares, se establece expresamente el cumplimiento del arresto preventivo en un establecimiento disciplinario militar o en el lugar que se designe, poniendo fin, así, a una indeterminación que había originado la polémica en la doctrina, y a una práctica no uniforme. Se mantiene, para evitar perjuicio al servicio, la suspensión de funciones por tiempo no superior a tres meses, y el arresto previo o simultáneo al ejercicio de la potestad sancionadora, hasta cuarenta y ocho horas, como manifestación de la facultad de corregir cuando así lo exija la naturaleza y circunstancias de la infracción.

En conclusión, los procedimientos sancionadores se han regulado de forma sistemática, con las disposiciones comunes precisas, evitando la asistemática, la fragmentación en el tratamiento de determinadas cuestiones y las reiteraciones inútiles y repetitivas de que adolece la regulación que ahora superamos.

En cuanto al cumplimiento de las sanciones, se han incorporado los supuestos de la suspensión e inejecución de las mismas, como excepción a su inmediata ejecutividad. Se ha considerado necesario regular expresamente estos supuestos de tanta importancia en la materia disciplinaria militar, adaptándolos a las peculiaridades de la misma.

En lógica correlación con la reducción del límite máximo de la sanción de arresto por falta grave, se ha reducido a cuatro meses el cumplimiento sucesivo de las sanciones de arresto.

Se ha previsto la cancelación de las notas desfavorables por el simple transcurso del tiempo, sin necesidad de petición expresa del interesado, y se ha previsto, tasándolos, los supuestos en los que podrá certificarse de la sanción cancelada.

En cuanto al sistema de recursos en vía disciplinaria, se ha simplificado el mismo, autorizándose a suspender el cumplimiento de las sanciones por falta grave o extraordinarias durante la tramitación de la impugnación. Se impone expresamente a las autoridades y mandos competentes para resolver los recursos en vía disciplinaria la obligación de dictar resolución en el plazo de un mes.

En vía jurisdiccional se contempla expresamente el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario como único cauce para obtener la revisión jurisdiccional de las sanciones impuestas por falta leve. Como consecuencia de ello, deberá obtener reflejo en la notificación de esta sanción, cuando sea firme en vía disciplinaria, la advertencia del derecho del sancionado a interponerlo conforme a lo dispuesto en la legislación procesal militar.

La solución contenida en el artículo 77.3 de la Ley, a cuyo tenor contra las resoluciones que pongan fin a la vía disciplinaria por falta leve podrá interponerse, conforme a lo dispuesto en la legislación procesal militar, el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, cuando afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, supone un notable avance respecto de la actual normativa contenida en el artículo 51 de la Ley Orgánica 12/1985, que taxativamente impide la interposición de cualquier recurso jurisdiccional contra las resoluciones firmes por las que se impongan sanciones por faltas leves. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 18/1994, de 20 de enero, incidentalmente matiza la constitucionalidad del supuesto previsto en el artículo 468.b) de la Ley Orgánica Procesal Militar análogo al que ahora se contempla en este artículo 77.3 del Proyecto, afirmando que su adecuación a la Constitución deviene en razón de que «admite expresamente la posibilidad de acceder al procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario», justificando, en esta misma dirección interpretativa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la inviabilidad del recurso contencioso-disciplinario militar contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves si no afectan al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, afirmada en aquel artículo 468.b) de la Ley Orgánica Procesal Militar y ratificada ahora en el artículo 77.3 del nuevo texto, el «por estimar, sin duda, que la disciplina debe ser restablecida de

modo inmediato, y dado también el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas en la Ley».

En consecuencia, no parece, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que haya razón para dudar de la conformidad del artículo 77.3 de la Ley con el artículo 24 de la Constitución, si se admite, de una parte, que las resoluciones firmes por las que se imponen sanciones por faltas leves son recurribles en vía contencioso-disciplinaria militar preferente y sumaria cuando inciden sobre derechos fundamentales y libertades públicas y, de otro lado, que la inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra dichas resoluciones en los demás casos puede justificarse en la relevancia constitucional de la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas y en la venialidad de la punición legalmente prevista para la mayor parte de dichos supuestos. Ello no obstante, y aún asumiendo los anteriores criterios y, por tanto, el fundamento suficiente de la fórmula legal propuesta en el artículo 77.3 del nuevo texto, cabría estimar que la plena efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos e intereses legítimos que el artículo 24 de la Constitución proclama y la completa satisfacción de las garantías constitucionales que del mismo se desprenden hubieran hecho aconsejable extender las posibilidades de fiscalización judicial de los actos sancionadores definitivos de la Administración militar a todos los casos, incluso cuando se trata de sanciones por faltas leves que no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona (sobre todo pensando en los supuestos extremos de arresto de treinta días en domicilio o unidad, en los que la restricción de libertad pudiera alcanzar cierta entidad), lo que, probablemente, llevaría aparejada la exigencia de modificar en lo preciso la legislación sobre organización y competencia de la jurisdicción militar y la correspondiente normativa procesal militar a fin de asegurar la debida atención de estos nuevos recursos contencioso-disciplinarios militares ordinarios por los órganos jurisdiccionales castrenses. Tanto es así, que el precepto se ha visto atacado por numerosas enmiendas, que no han prosperado, sobre las que sinceramente, aun hoy, mantengo serias dudas a cerca de, si efectivamente, la tutela judicial efectiva queda consagrada y efectivamente garantizada.

En definitiva, mas de 140 enmiendas han expresado la preocupación de los grupos parlamentarios para una Ley de 80 artículos, si bien, la mayoría lo han sido a los artículos 7 y 8, sin olvidar que el articulado, en su conjunto, se ha visto afectado por este general despliegue de enmiendas.

En cualquier caso, nuestra obligación parlamentaria, con independencia de la mayoría que se disponga, consiste básicamente en meditar y dar el razonable cauce a las distintas sensibilidades e inquietudes, en aras de alcanzar el mayor consenso para la perdurabilidad de la Ley, pues las Leyes, no cabe duda, pueden ser reformadas, pero solo por causas objetivas y no por el mero cambio de signo de un Gobierno.

Me permitirán finalmente, como acreditación de lo expuesto, la licencia de una cita, del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, que tan solo me atrevo a exponer por provenir del adversario político y que dice «Señor MORAGUES GOMILA del Grupo Parlamentario Socialista. Creo que los objetivos se han conseguido y he de añadir, Sr. Presidente, que el Grupo Socialista está satisfecho no solo de los resultados obtenidos, sino también del nivel de discusión técnica y política, y del talante con el cual el Grupo Popular ha planteado la tramitación de esta Ley. Quiero hacer un especial y público reconocimiento a la labor efectuada por su portavoz el Sr. Cárceles. Me gustaría creer Sr. Presidente, Sras. y Sres. Diputados, que con este espíritu de diálogo y comunicación puede y debe surgir un mayor nivel de acuerdos en otras importantes cuestiones que las Fuerzas Armadas y la Defensa Nacional, tienen planteadas en la actualidad».

La Ley sólo tuvo en Comisión parlamentaria cuatro abstenciones y cuatro votos en contra, siendo aprobada definitivamente por el Pleno del Congreso de los Diputados, el pasado día 12 de noviembre por 205 votos favorables y 19 en contra.

## LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

Dr. D. Francisco Fernández Segado  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Santiago de Compostela*

### ARTÍCULO 104

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

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

### SUMARIO

1.—Evolución de la noción de policía. 2.—El significado del artículo 104 de la Constitución. 3.—Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el debate constituyente. 4.— El desarrollo normativo del artículo 104. 5.—El modelo policial diseñado por la Constitución: A) La desmilitarización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la peculiar naturaleza de la Guardia Civil. B) La complejidad del modelo. C) La administrativización de las Fuerzas policiales. D) El peculiar régimen estatutario de los miembros de estas Fuerzas. E) Los principios de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 6.—La dependencia gubernamental de las Fuerzas de Seguridad. 7.—La determinación constitucional de las misiones policiales: A) El abandono de la cláusula general habilitante del «orden público». B) La delimitación de los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. C) La protección del libre ejercicio de los derechos y libertades. D) La garantía de la seguridad ciudadana.

## I. LA EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE POLICÍA.

1. El término «policía», etimológicamente, deriva del latín «*politium*» y del griego «*politeia*», expresiones que aludían a la constitución del Estado o de la ciudad, esto es, al ordenamiento político del Estado cualquiera que éste fuese. Durante largo tiempo los términos «*politia*» y «*respublica*» se usarían como equivalentes.

Solo hacia finales del siglo XIV y principios del XV, tal y como recuerda *Ranelletti* (1), el gran estudioso de la materia (2), en Francia, se vinculó con las palabras «policía», «*police*» o «*policité*», el significado de orden, prosperidad y seguridad pública, que debían quedar al cuidado de la autoridad.

Es decir, en el mismo momento en que surge el término, la policía se identifica con el poder, con la comunidad política. De esta idea estática de policía se pasará, como constata *Villar Palasí* (3), a su identificación con la actividad del poder público (4).

La idea de policía resultará de una notable utilidad para la configuración del Estado moderno y la dejación en manos del Príncipe de un verdadero poder absoluto. Entiende a este respecto *Chiapetti* (5) que la policía, en cuanto situación de orden y de seguridad, fue un concepto lo suficientemente genérico —que incluso recuerda la noción de la «razón de Estado», con la que ha sido en muchas ocasiones vinculada— como para permitir al Príncipe multiplicar hasta el infinito los poderes de intervención sobre la libertad de los particulares y de las organizaciones públicas. Así las cosas, se comprende que la «*police de la chose publique*» justifi-

---

(1) O. RANELLETTI: «La polizia di sicurezza», en «Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano», a cura di V. E. Orlando, vol. IV, parte primera, Società Editrice Libreria, Milán, 1904, pág. 262.

(2) CHIAPETTI, otro de los autores que más ha estudiado este tema, ha reconocido expresamente que *Ranelletti* es el estudioso que más ha contribuido, por lo menos en Italia, a la individualización de la policía en el ámbito de la actividad administrativa. *Achille Chiapetti*: «L'attività di polizia» (*Aspetti storici e dogmatici*), CEDAM, Padova, 1973 pág. 107.

(3) José Luis VILLAR PALASÍ: «Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 16, enero-abril 1995, págs. 11 y sigs.; en concreto pág. 23

(4) MERLIN, identificaría la policía del siguiente modo: «La police comprends la conduite de la chose publique», definición bien reveladora de la identificación apuntada. cit. por José Luis Villar Palasí: «Poder de policía y precio justo ...» op. cit. y pág. 23.

(5) Achille CHIAPETTI: «L'attività di polizia», op. cit., págs. 50-51.

cara el redimensionamiento de las antiguas libertades y de seculares privilegios sin ninguna otra contrapartida o garantía para cada cual.

A la vista de todo ello bien puede señalarse con Nieto (6) que la policía es, en sus comienzos, un simple Verbo cultural al que se dota pronto de una carga política formidable, en cuanto corporeiza la idea del interés objetivo de la comunidad, que el Monarca va a utilizar descaradamente en su propio beneficio contra los derechos y privilegios individuales de procedencia feudal. De esta forma, la bandera regia va a tener un atractivo ideológico irresistible: el Príncipe combate el orden feudal no en interés propio, sino en interés de la «*salus publica*», articulada en unas «*bonne odre et police*».

En Francia, la idea o conceptualización de la policía permanecería durante largo tiempo indeterminada, lo que, sin embargo, no iba a acontecer en Alemania, donde ya a partir de la segunda mitad del siglo XVII se intentó dar una mayor concreción al concepto. Ranelletti (7) cree que esta tendencia se vincula con los esfuerzos de los Monarcas de sustraer al control judicial «*tutta intera l'amministrazione*», esto es, la totalidad de la actividad administrativa, limitando la competencia judicial a las controversias de derecho privado. Se establecerá de esta guisa el principio de que contra los actos administrativos y las decisiones de los Monarcas o de sus funcionarios, en lo administrativo no cabe admitir impugnación ante los jueces («*In Polizeisachen gilt keine Appellation*»). Este notabilísimo poder discrecional en manos del Soberano es un rasgo tan fundamental del régimen que, como recuerda Garrido Falla (8), la literatura jurídico-política ulterior lo configurará por antonomasia como el Estado-policía.

Tiempo después se iban a desgajar de la policía, dentro de la propia administración, la administración militar y la financiera. Federico Guillermo I de Prusia, en la «*Allgemeine Ordnung die Verbesserung des Justitz*» (Ordenanza general sobre reforma de la Justicia), de 2 de junio de 1713, concebiría a la policía como aquella parte de la administración que

---

(6) ALEJANDRO NIETO: «Algunas precisiones sobre el concepto de policía», en Revista de Administración Pública, núm. 81, septiembre-diciembre 1976, págs. 35 y sigs.; en concreto pág. 37.

(7) O. RANELLETTI: «La polizia di sicurezza», op. cit., pág. 263.

(8) FERNANDO GARRIDO FALLA: «Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa» en Revista de Administración Pública, núm. 11, mayo-agosto 1953, págs. 11 y sigs.; en concreto págs. 13-14.

no era administración de la justicia, ni administración militar, ni administración financiera (Cameralística) (9).

La mayoría de la doctrina del siglo XVIII seguiría esta concepción, que en último término identificaba a la policía con lo que hoy llamaríamos Administración interior (*innere Verwaltung*) (10). Por lo demás, como advierte Carro (11), esta concepción de la policía servirá de base a toda la doctrina que se ocupó del tema y cuya aportación contribuyó a conformar lo que se conoce como Ciencia de la Policía.

En definitiva, en su acepción más amplia, la policía vino a constituir el fundamento de la autoridad monárquica absoluta, legitimada por los fines del orden, la seguridad y el bienestar (12), habilitando al Príncipe para intervenir en la esfera privada de sus súbditos disciplinando relaciones anteriormente reservadas a su libre determinación.

2. El pensamiento de la Ilustración incidiría sustancialmente sobre la concepción de la policía.

Bien es verdad que todavía en pleno siglo XVIII el concepto más amplio de la policía representaba, como en la etapa central del absolutismo, el conjunto de fines generales que servían para constituir el «*prius*» de la misma soberanía. Buen ejemplo de ello lo encontramos en *Josef von Sonnenfels*, uno de los típicos exponentes del Iluminismo alemán, y el primer jurista (había nacido en Nikolsburg, Moravia) que en Austria difundió

---

(9) En España, la norma alemana, como recuerda Nieto (*Alejandro Nieto*: «Algunas precisiones ...» op. cit. pág. 40), como consecuencia de la rápida recepción de la cultura jurídica europea y también cabalmente de la universalidad de los principios de la administración de policía, tendría pronto su reflejo en el Real Decreto de 2 de abril de 1717, recogido en la Novísima Recopilación, mediante el que se divide el Despacho Universal en tres Secretarías: la de Estado y Negocios Extranjeros, la de Guerra y Marina y la de Justicia, Gobierno Político y Hacienda, correspondiendo a esta última, entre otras cosas, los «empleos políticos y mixtos de Policía y Justicia»; es decir, que la Policía —equiparada aquí al Gobierno político— abarca los asuntos de la Administración civil interior que no son ni de Justicia ni de Hacienda.

(10) Es tan amplia la noción de policía en el siglo XVIII y se confunde hasta tal punto con la de administración que, como recuerda Gleizal, el primer tratado de ciencia administrativa es el «*Traité de la police*» de Delamare, del año 1722. *Jean-Jacques Gleizal*: «Le désordre policier», Presses Universitaires de France, París, 1985, pág. 22.

(11) JOSÉ LUIS CARRO: «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, abril-junio 1981, págs. 287 y sigs.; en concreto, pág. 291.

(12) ACHILLE CHIAPETTI: «Polizia» (*diritto pubblico*), voz de la «Enciclopedia del Diritto», vol. XXXIV, Giuffrè, Milán, 1985, págs. 120 y sigs.; en concreto, pág. 123.

la idea de la «*Aufklärung*» (13). Para este autor, el bienestar (*Wohlfahrt*) a alcanzar por el Estado venía constituido por la seguridad y por la comodidad de la vida (14), entendiendo por aquélla, en definición que haría suya ulteriormente *von Rotteck*, aquel estado de cosas en el que no hemos de temer nada, y por «comodidad de la vida», la facilidad de procurarse el sustento con la propia diligencia.

El hecho de que la primera edición de la obra de *Sonnenfels* se publicara en 1765 es bien significativo del arraigo de esta amplísima concepción de la policía durante buena parte del Siglo de las Luces. Sin embargo, la expansión de las ideas de *Puffendorf* iba a incidir de modo decisivo sobre tal concepción.

En efecto, frente a las ideas desarrolladas por los teóricos del «*ius politiae*» —influenciados por las ideas del pacto social que la Escuela de Derecho Natural, y particularmente *Christian Wolff*, habían desarrollado—, quienes creyeron «moralizar» el poder soberano del Estado mediante la extensión del concepto de policía a las nociones de bienestar y felicidad común, y todo ello sobre la base de concebir la felicidad individual como la contrapartida que cada individuo puede pretender de la entidad abstracta a la que con el pacto social le ha sacrificado su propia libertad (15). Frente a tales ideas, decimos, la concepción de la felicidad como asunto individual, cuya promoción no incumbe al Estado, pues es ajena al mismo, concepción que se presenta como tributaria del pensamiento del barón *von Puffendorf*, tendría una incidencia directa sobre el tema que nos ocupa.

Sería así *J. S. Pütter* quien, en sus «*Institutiones Iuris Publici Germanici*», publicadas en 1770, distinguiría entre:

1) La actividad de policía en sentido lato, orientada al logro de la felicidad colectiva (*Wohlfahrtspolizei*).

2) La actividad de policía en sentido estricto, orientada tan sólo a la consecución de la seguridad pública (*Sicherheitspolizei*).

El argumento que justificará esta diferenciación será la idea de que la coacción no debía emplearse sino para evitar peligros al súbdito, pero no

---

(13) EMILIO BUSSI: «I principi di governo nello Stato di Polizia», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año IV, núm. 4, octubre-diciembre 1954, págs. 800 y sigs.; en concreto, pág. 810.

(14) J. FREIHERR VON SONNENFELS: «Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz», 7.ª ed., Wien, 1804, vol. I, pág. 13.

(15) JOSÉ LUIS CARRO: «Policía y dominio eminente...», op. cit., pág. 292.

para hacerle más feliz. La coerción se convertirá en el elemento nuclear del «*ius politiae*».

La concepción precedente encontrará su más fiel reflejo legal en el bien conocido parágrafo 10, apartado II, título 17 del «*Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*» de 1794 (la famosa codificación general prusiana). Aparece aquí la policía como «la defensa contra peligros», lo que no es sino la resultante lógica de la nueva concepción que se impone, con arreglo a la cual la coacción debe limitarse a apartar aquellos obstáculos que dificulten la realización de la felicidad individual. Especificándose el concepto de la seguridad como función de la policía gubernativa, el mismo, según *Posada* (16), se condensará en la función tutelar de los Gobiernos para proteger la vida personal del todo social y de sus miembros contra los peligros que puedan amenazarles.

La trascendencia de este concepto será enorme, pues el mismo se mantendrá en Alemania prácticamente hasta la segunda postguerra (17), momento en el que las autoridades aliadas de ocupación impondrán la «despolicización», como medida política inexcusable para convertir al Estado alemán en un Estado de Derecho.

Este planteamiento absolutista de la policía vendrá a poner el acento del concepto de la función policial, a juicio de la doctrina (18), en la salvaguarda del orden público, viniendo así esta concepción a convertirse en habilitadora suficiente y universal del poder político de intervención policial. Dicho de otro modo, el enfoque precedente ha conducido a un concepto de poder de policía general que se presenta como un poder general y virtualmente indeterminado, capaz de instrumentar en su favor cualquier medida. Como dice *García de Enterría* (19), según esta arcaica concepción, la policía gozaría de una habilitación general, ilimitada en su conte-

---

(16) ADOLFO POSADA: «Idea jurídica y legal de la policía de seguridad en el Estado», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 91, Madrid, 1897, págs. 270 y sigs.; en concreto, pág. 272.

(17) Bien es cierto que, como recuerda *Carro*, en rigor, habrá que esperar a la conocida «*Kreuzberg-Entscheidung*» del Tribunal Superior Administrativo de Prusia, de 14 de junio de 1882, para que el concepto estricto de policía como defensa contra peligros se imponga definitivamente. *José Luis Carro*: «Policía y dominio eminente...», op. cit., pág. 294.

(18) JOAN J. QUERALT: «Necesidad, legalidad y oportunidad» (A propósito de la cobertura de la injerencia policial), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, enero-abril 1990, págs. 135 y sigs.; en concreto, pág. 137.

(19) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: «Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 5, abril-junio 1975, págs. 203 y sigs.; en concreto, págs. 206-208.

nido, para la defensa frente a los peligros que afecten o amenacen a la seguridad y al orden público.

La consecuencia práctica de todo este desarrollo dogmático del concepto de policía, como advierte *Carro* (20), no fue, ya en el marco del liberalismo, la desaparición de la idea de bienestar general como finalidad estatal, sino la de que la consecución de la misma debería realizarse sin la utilización de medios coactivos. Bien puede decirse que aquí radicó la diferenciación entre policía y fomento en la construcción doctrinal de la actividad administrativa.

3. La función y la actividad policial sufrió una drástica modificación con la irrupción de las ideas, y subsiguientes modificaciones derivadas de aquéllas, de la Revolución Francesa. Consta *Chiapetti* (21) cómo la sustitución de la unidad y del carácter absoluto del poder monárquico por los principios del pluralismo y de la división de poderes, condujo automáticamente al derrumbamiento de la idea de conservación y bienestar que constituía el presupuesto del ilimitado poder de intromisión del Estado de policía en la esfera privada.

Los revolucionarios franceses iban a limitar la policía mediante el reconocimiento constitucional de unos derechos individuales ante los que había de detenerse la potestad policial.

El Art. 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 dispondría al efecto:

«La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée».

No es ajena a esa previsión del Art. 12 la concepción doctrinal que estima que la función esencial del Estado es la función de seguridad, de «*sûreté*» como dirían los hombres de la Revolución, dicho de otro modo, el mantenimiento del orden público (22). El Art. 2.º de la misma Declaración de 1789 consideraría «*la sûreté*» como uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, cuya conservación es el fin de toda asociación política.

La fuerza pública aparece como una necesidad social en cuanto que el Estado debe poder imponer, por todos los medios, el respeto a las leyes.

---

(20) JOSÉ LUIS CARRO: «Policía y dominio eminente ...» op. cit., pág. 295.

(21) ACHILLE CHIAPETTI: «Polizia» (diritto pubblico), op. cit., pág. 124.

(22) F. HIRT: «Du droit de la force publique», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1954 (octubre-diciembre), núm. 4, págs. 967 y sigs.; en concreto, pág. 967.

Como advierte *Hirt* (23), para los hombres de 1789, la fuerza pública es el accesorio de la ley; tiene la misma naturaleza y el mismo carácter. La fuerza pública vendrá a ser, de esta guisa, una emanación de la voluntad general. Y buena muestra de ello nos la ofrece, como constata la doctrina (24), la propia definición que de ella darían los revolucionarios que la habían creado: «la reunión de las fuerzas individuales organizadas por la Constitución, para mantener los derechos de todos y asegurar la ejecución de la voluntad general».

En definitiva, la garantía y salvaguarda de las libertades proclamadas por la Declaración de 1789, que todavía hoy permanecen, como se ha dicho (25), como uno de los signos geodésicos de nuestra civilización, corresponde a la fuerza pública. Quizá por ello mismo, *Gleizal* (26) ha podido afirmar que «la police est donc l'envers des libertés». Policía y libertades se nos presentan como términos indisociables, y se encuentran efectivamente asociados en el seno del derecho, que se nos ofrece como un lugar de reconciliación. Al someterse al derecho, la policía se autolimita. No sólo las libertades son el principio de la policía, sino que, más aún, llegan a ser el camino a cuyo través la policía actúa respetando los procedimientos jurídicos.

Sin embargo, el devenir histórico se iba a encargar pronto de relativizar los esfuerzos de los revolucionarios liberales por situar en un mismo plano a la policía y a las libertades. Las garantías constitucionales, de la libertad no iban a ser baluartes sólidos frente a la acción policial instigada por los intereses políticos de los detentadores del poder, que en numerosas ocasiones utilizarán la fuerza pública en beneficio propio y en contra de sus enemigos políticos conculcando de modo frontal el postulado del Art. 12 de la Declaración.

A todo ello habrá que añadir la pervivencia (y desde luego no sólo en Alemania, donde esta circunstancia es evidente, como revelan con meridiana claridad los comentarios a la Ley prusiana de Administración Policial de 11 de marzo de 1850, en los que se considera que el campo de la policía es en principio casi ilimitado) de una noción amplia de la policía.

---

(23) *Ibidem*, pág. 969.

(24) ANDRÉ DECOCQ, JEAN MONTEUIL Y JACQUES BUISSON: «Le Droit de la Police», Editions Litec, París, 1991, pág. 40.

(25) *Ibidem*, pág. 49.

(26) JEAN-JACQUES GLEIZAL: «Le désordre policier», Presses Universitaires de France, París, 1985, pág. 102.

Desde esta perspectiva bien pudiera decirse con *Nieto* (27) que la policía actúa como piedra de toque para comprobar hasta qué punto es liberal un régimen que pregona serlo. Si esto fuera cierto, parece claro que Francia, y mucho menos Alemania o Italia (28), son muy poco liberales durante el siglo XIX. Y por lo mismo, así se entiende que una concepción coherentemente liberal de la policía tuviera que refugiarse en Inglaterra, donde se reduce hasta el mínimo la acción policial, a la par que se crea una policía que —tras la creación en 1829 de una fuerza de policía metropolitana auspiciada por el Ministro del Interior, Robert Peel, que poco después se extenderá por toda Inglaterra— se configura como un cuerpo civil en estrecho contacto con el ciudadano y con una función preponderantemente preventiva.

4. A fines del siglo XIX prevalecerá un concepto instrumental de la policía, de acuerdo con el cual, el rasgo realmente característico de la policía no será tanto su objetivo, sino más bien su forma de actuar. Estaremos ante una actuación policial cuando nos encontremos con medidas restrictivas de la libertad de los individuos, utilizando al efecto la coacción. Es decir, ya no es tanto el objeto de la actividad lo que va a caracterizar a la policía, cuanto, la forma de la actividad.

*Nieto* ha constatado (29) que así se producen la mayoría de los autores alemanes de fines de siglo. Mención especial merece al efecto *Otto Mayer*, a quien, según se ha dicho (30), corresponde el mérito de depurar la amplia significación del concepto de policía imperante en Alemania durante la mayor parte del siglo XIX.

Para *Mayer*, la noción de policía resulta de conjugar la finalidad específica a que se dirige su actividad con unas formas determinadas que le sirven de medios. Y así, *Mayer* entiende (31) que la policía en el marco del Estado de Derecho es la actividad estatal orientada a defender el «buen orden de la comunidad» a través de todos los medios de que dispongan los

---

(27) ALEJANDRO NIETO: «Algunas precisiones ...», op. cit., pág. 60.

(28) En el Estado liberal italiano, recuerda *Chiapetti* (en la voz «Polizia», op. cit. pág. 126), la policía es una actividad administrativa completamente nueva que, sin embargo, se enlaza a la del precedente régimen absoluto, entre otros aspectos, en razón a su capacidad de entrometerse en la esfera privada. Es decir, Italia no escapa en este punto a la situación francesa o alemana.

(29) ALEJANDRO NIETO: «Algunas precisiones ...», op. cit., pág. 62.

(30) IÑAKI AGIRREAZKUEENAGA: «La coacción administrativa directa», Civitas-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1990, pág. 36.

(31) OTTO MAYER: «Le Droit Administratif Allemand», tomo II, París, 1904, págs. 6-7.

poderes públicos, frente a las perturbaciones provocadas por los individuos. Para el autor alemán, el «buen orden de la comunidad» no podía ser perturbado por los ciudadanos. Esta obligación daría lugar a una suerte de «derecho natural de policía» (32) que permitía explicar y justificar, en el marco del Estado de Derecho, la existencia de cláusulas generales, de amplios apoderamientos de la Administración en el campo de la actividad de policía.

La tesis de *Mayer* sería refutada por *Ranelletti*, quien, como advierte *Chiapetti* (33), tiene el mérito de rechazar la tentación de individualizar un concepto abstracto y universal de la policía. «Non possia mo ragionare e decidersi in base a criteri puramente astratti, perchè la polizia non è una concezione puramente speculativa, una creazione puramente logica; con questo nome si designa un'attività dello Stato, un istituto positivo di amministrazione» (34). En tales términos se pronunciará *Ranelletti*.

Tras separar con nitidez la función de policía de la función que el autor italiano denomina de perfeccionamiento y de conservación (35), y constatar que bajo la palabra «policía» encontramos comprendidas todas aquellas disposiciones que limitan la actividad de todos y cada uno de los individuos (36), *Ranelletti* termina definiendo la policía como aquella forma de actividad pública en el campo de la administración interior que se desarrolla limitando o regulando la actividad de todos (personas físicas o jurídicas) y, eventualmente, si es necesario, por medio de la coacción, con la finalidad de garantizar al conjunto social y a sus partes frente a los daños que puedan provenir de la actividad humana (37).

Digamos por último que *Ranelletti*, en su crítica a *Mayer*, consideraría (38) que el «buen orden de la comunidad» a que se refería el autor alemán había de ser entendido en el sentido de orden jurídico, esto es, de orden establecido por el Derecho positivo. En este sentido, la policía tenía como finalidad primigenia la salvaguarda de ese orden jurídico y, consiguientemente, también de los derechos subjetivos que en él se fundan. No hace falta significar que esta juridificación del orden público nos aleja de

---

(32) JOSÉ LUIS CARRO: «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15, octubre-diciembre 1977, págs. 605 y sigs.; en concreto págs. 612-613.

(33) ACHILLE CHIAPETTI: «L'attività di polizia», op. cit., pág. 108.

(34) O. RANELLETTI: «La polizia di sicurezza», op. cit. pág. 271.

(35) *Ibidem*, pág. 276.

(36) *Ibidem*, pág. 277.

(37) *Ibidem*, pág. 279.

(38) *Ibidem*, págs. 432-434.

un sometimiento moral al «buen orden de la comunidad», históricamente justificador de todo tipo de intervenciones (39). Y es innecesario de igual forma subrayar la actualidad de las tesis del maestro italiano, que nos parecen las más acertadas.

5. A modo de reflexión final, bien puede subrayarse con *Chiapetti* (40), después de este recorrido histórico en torno a la noción de policía, la prevalencia final de la tendencia que considera como «policía» tan sólo aquella parte de la actividad administrativa que persigue un fin de prevención y de tutela del orden y de la seguridad. Como entre nosotros recuerda *Carro* (41), la noción de seguridad y orden públicos, entendida unitariamente, acabó siendo, a través de un proceso de reducción conceptual del concepto de policía en el Estado preconstitucional, el contenido mismo de la actividad policial y una técnica de intervención en la esfera de libertad de los particulares.

Ahora bien, el Estado democrático no sólo ha reducido los espacios de operatividad de la policía, sino, lo que aún importa más, ha reconducido y subordinado el campo de acción policial a la vinculante disciplina constitucional de los derechos y libertades fundamentales, cuya garantía constituye hoy la principal razón de ser de la fuerza pública.

## II. EL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 104 DE LA CONSTITUCIÓN

1. Son muy escasos los precedentes de Derecho comparado que encontramos a este precepto. Si acaso habría que referirse al Art. 272 de la Constitución de Portugal de 1976, cuyo primer apartado, en la redacción inicial del precepto, determinaba: «La policía tiene como funciones defender la legalidad democrática y los derechos de los ciudadanos».

(39) En igual sentidos *JOSÉ LUIS CARRO*: «Los problemas de la coacción directa...», op. cit., pág. 625.

(40) *ACHILLE CHIAPETTI*: «L'attività di polizia», op. cit., pág. 149.

(41) *JOSÉ LUIS CARRO*: «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27, mayo-agosto 1990, págs. 9 y sigs.; en concreto, pág. 11.

(42) En su redacción inicial, el Art. 27 incluía dos apartados más (a los que se uniría otro en la reforma de 1982), siendo de destacar el segundo de acuerdo con el cual: «As medidas de polícia são previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário». Es decir, este apartado establece dos importantes principios: el de legalidad y el de proporcionalidad, con la subsiguiente interdicción de todo exceso policial.

Tras la reforma constitucional de 1982, el apartado sería objeto de una modificación de acuerdo con la cual, la policía, junto a la función de defensa de la legalidad democrática, asumía la de garantizar la seguridad interna y los derechos de los ciudadanos.

Como se ha puesto de relieve (43), de las finalidades constitucionalmente atribuidas a la policía se deduce que la misión de la misma no se reduce a las funciones preventivas y represivas de mantenimiento del orden, con sacrificio de los derechos ciudadanos sino que, bien al contrario, deben englobarse en la función general que la Constitución atribuye al Estado (Art. 99 b/) y más específicamente al Gobierno (Art. 202, b/) y, a través de éste, a la policía, de mantenimiento de la legalidad democrática, tal y como viene definida por la Constitución.

Para terminar de comprender la plena significación del precepto, no es inoportuno recordar el papel represivo de la policía en el régimen autoritario portugués inmediatamente anterior a la «revolución de los claveles». Es por ello por lo que se hace inexcusable poner ahora la policía al servicio de la legalidad democrática y de los derechos ciudadanos.

Así entendido, se comprende la necesidad de este precepto de la Constitución portuguesa de 1976 que, tras la caída de la Dictadura salazarista, trata de vertebrar e institucionalizar un modelo de régimen democrático que se sitúa en las antípodas del fenecido en abril de 1974. Dicho de otro modo, y con una visión más general, el paso de un régimen autoritario a otro democrático parece hacer más que conveniente la específica sujeción constitucional de la policía a los principios inspiradores del nuevo sistema político democrático, muy en especial a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Se marca con ello una pauta diferencial con un modelo policial caracterizado en todo régimen autoritario por su carácter represivo de los derechos ciudadanos y por su naturaleza de instrumento al servicio de la arbitrariedad del poder (44).

2. Estas reflexiones creemos que son perfectamente extrapolables al caso español, que tantas concomitancias guarda con el portugués: coexis-

---

(43) J. J. GOMES CANOTILHO Y VITAL MOREIRA: «Constituição da República Portuguesa Anotada», Coimbra Editora, Coimbra, 1978, págs. 470-471.

(44) Refiriéndose a Francia, *Gleizal*, muy significativamente afirma que la historia de las reformas policiales es indisociable de la de los períodos de intensificación de los conflictos en el seno de la sociedad. *Jacques Gleizal*: «Le désordre policier», op. cit., pág. 39.

tencia en ambas países durante un largo período de tiempo de un modelo autoritario y evolución, bien que por cauces diferentes, en momentos temporales muy próximos, del régimen autoritario a un sistema democrático, con la subsiguiente apertura de un proceso constituyente cristalizado finalmente en una Norma constitucional.

Pero, por lo que se refiere al caso española el cambio de modelo policial que refleja el Art. 104 no pretende sólo quebrar con el modelo policial franquista, sino, más profundamente, traduce la voluntad del constituyente de romper con un modelo militarizado de mantenimiento del orden público, insensible a los derechos y libertades fundamentales que pervive en nuestro país desde el mismo nacimiento del régimen constitucional.

Como ha significado *García de Enterría* (45), en nuestras instituciones se ha mantenido desde hace dos siglos con una sorprendente insistencia la falacia de creer que sólo las armas y los modos de guerra pueden ser eficaces para mantener integrada una sociedad o, dicho en términos más simples, para luchar eficazmente contra los trastornos del orden público.

*Ballbé*, con notable claridad, ha llegado a la conclusión (46) de que es una evidencia la decisiva y permanente presencia de las instituciones militares en el ordenamiento y en la praxis del orden público, de la organización policial y del régimen jurídico y ejercicio real de las libertades. En este ámbito, la realidad jurídico-administrativa puede quedar sintetizada en un concepto: militarismo. En análoga dirección, *López Garrido* (47) considera que el orden público ha sido una función militar en nuestra historia, lo que en buena medida es la resultante del hecho de que la seguridad pública se ha concebido como una creación, imposición, estatal, y no como un derecho ciudadano. A todo ello hay que añadir la instrumentación política de la función policial, a la que ya nos hemos referido, que es la resultante, como bien se ha advertido (48), de la visión que se tiene de la función policial: el aparato de poder que había de hacer posible la alteración de las causas del conflicto social y el establecimiento de la relación de equilibrio liberal individual.

---

(45) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, en el «Prólogo» a la obra de *Manuel Ballbé*, «Orden público y militarismo en la España constitucional» (1812-1983), Alianza Universidad, Madrid, 1983, págs. 12-13.

(46) MANUEL BALLBÉ: «Orden público y militarismo...», op. cit., págs. 20-21.

(47) DIEGO LÓPEZ GARRIDO: «El aparato policial en España» (Historia, sociología e ideología), Editorial Ariel, Barcelona, 1987, págs. 67-69.

(48) MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN (y otros): «Reforma policial y Constitución: algunas claves para su interpretación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 109, enero-abril 1986, págs. 373 y sigs.; en concreto, pág. 392.

Con el franquismo, en la década de los cincuenta, se produce un cierto alejamiento de las instituciones castrenses por parte de la Administración pública, en especial en el ámbito del orden público. Este intento de administrativizar la represión se traducirá en la configuración de unas Fuerzas de Orden Público que se conciben, como bien advierte *Ballbé* (49), como un cuerpo separado y aislado de la sociedad, que podía actuar ciegamente y de forma arbitraria, al que se le encarga de modo principal el mantenimiento de la tranquilidad en la calle.

Ciertamente, esta concepción de la policía no es nueva. Como recuerda *Nieto* (50), y ya tuvimos oportunidad de exponer, a partir de las guerras napoleónicas, la policía será el instrumento para mantener al pueblo en orden y tranquilo, lo que supondrá una radical transmutación de los objetivos de la policía: de venir a corporeizar ésta la idea del interés objetivo de la comunidad, operando como un instrumento para la defensa del pueblo frente a sus enemigos, se convierte ahora en un mecanismo de defensa del poder contra el pueblo.

Es innecesario reiterar, por evidente, que una concepción de la policía de esta naturaleza no podía perdurar en un sistema constitucional democrático que residencia la soberanía nacional en el pueblo, del que emanan todos los poderes del Estado.

3. Las reflexiones que preceden, a nuestro entender, revelan con meridiana claridad no sólo la inexcusabilidad de un radical cambio en el modelo policial existente en nuestro país en el momento de la muerte del general Franco, sino, asimismo, la conveniencia de plasmar las líneas maestras de tal mutación en la Norma suprema.

Se comprende así que el constituyente español de igual forma que el portugués, dedicara un artículo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, precepto que revela su expresa intención de superar la imagen represiva de las Fuerzas policiales, propiciada como ya hemos subrayado, por la peculiar interpretación de la noción de orden público —que, con toda justicia, como dice *Barcelona* (51), ha pasado a ocupar un lugar bastante destacado en la galería de los conceptos odiosos de nuestro Derecho público, cali-

---

(49) MANUEL BALLBÉ: «Fuerzas de Orden Público», en el colectivo, «La izquierda y la Constitución», Edicions Taula de Canvi, Barcelona, 1978, págs. 143 y sigs.; en concreto, pág. 144.

(50) ALEJANDRO NIETO: «Algunas precisiones...», op. cit., págs. 54-55.

(51) JAVIER BARCELONA LLOP: «Seguridad ciudadana» (Derecho Administrativo), voz de la Enciclopedia Jurídica Básica, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6.095 y sigs.; en concreto, pág. 6.096.

ficativo que ya antes había utilizado *Martín-Retortillo* (52)—, en cuyo nombre se han cometido, hasta las vísperas mismas del régimen constitucional, gran cantidad de abusos contra los derechos y libertades ciudadanos.

En definitiva la agresividad del concepto de «orden público» servirá de justificación a la natural reacción que tendrá lugar con la llegada del nuevo sistema democrático, impulsor, como se ha dicho (53), de una actitud debeladora de la aberrante praxis precedente en la materia.

Pero es que, además, la Constitución pone fin, como es opinión común (54), a la tradicional implicación de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden público interno, instituyendo las bases para una policía civil, acorde con los principios democráticos y esencialmente profesionalizada (55).

El Art. 104 trata de delinear un estatuto constitucional de la policía acorde con el marco constitucional general (56), y en orden al logro de tal finalidad reflejan como ha reconocido el Juez de la Constitución (57), un necesario y no siempre fácil equilibrio en relación con la actuación de las Fuerzas de la policía que son un instrumento necesario para asegurar la libertad y la seguridad de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, por la posibilidad de uso legítimo de la fuerza y de medidas de coacción,

---

(52) LORENZO MARTÍN-RETORTILLO Y BAGUER (en «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa», en su obra «Bajo el signo de la Constitución», IEAL, Madrid, 1983, pág. 298) la tildará de «expresión odiosa».

(53) JOSÉ MANUEL CASTELLS ARTECHE: «El marco normativo de los Cuerpos de Seguridad pública desde la vertiente competencial», en *Rafael Gómez-Ferrer Morant* (coord.), «Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí», Civitas, Madrid, 1989, págs. 207 y sigs.; en concreto, pág. 207.

(54) Es el caso, por ejemplo, de FERNANDO LÓPEZ RAMÓN: «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Sebastián Martín-Retortillo* (coord.), «Estudios sobre la Constitución Española» (Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría), vol. III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2.547 y sigs.; en concreto, pág. 2.559.

(55) En análogo sentido se manifiesta MANUEL BALLBÉ, en «La policía y la Constitución», en *José María Rico* (comp.), «Policía y sociedad democrática», Ministerio del Interior, Madrid, 1983, págs. 89 y sigs.; en concreto, pág. 92.

(56) A juicio del Tribunal Constitucional, el Art. 104.1 CE trata de asegurar la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos, al orden constitucional subrayando, en un plano positivo, y en la misma línea que el Art. 53.1 CE, la función de garantía de libertades y derechos fundamentales que también corresponde a la Policía pero, al mismo tiempo, negativamente, destacando que la actuación de la fuerza de la Policía debe respetar también y garantizar las libertades y derechos fundamentales del ciudadano (STC 55/1990, de 28 de marzo, fund. Jur. 5.º).

(57) STC 55/1990, de 28 de marzo, fund. jurídico 5.º.

supone, en el caso de extralimitaciones, una puesta en peligro de la libertad y seguridad de aquéllos así como de otros derechos y bienes constitucionales de la persona (vida, integridad física, intimidad, inviolabilidad del domicilio etc.). Es claro que un orden constitucional democrático es incompatible con el uso de métodos represivos ilegítimos y por ello mismo exige una protección adecuada del ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones.

En resumen, nuestra Norma suprema sienta las bases de un nuevo modelo policial, un modelo que es del todo inédito en nuestra historia político-constitucional.

Ciertamente, hay que advertir que la no expresa regulación por el constituyente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no hubiera entrañado su no sujeción al marco constitucional. Esto es una evidencia. Y el caso italiano es revelador al efecto. Como señala *Volpi* (58), no obstante la escasa relevancia de un tema como el de la policía en los trabajos de la Asamblea constituyente (la Constitución italiana no dedica ninguna previsión específica a la policía administrativa), «non per questo non esista la possibilità di enucleare dalla Costituzione un insieme di principi e di norme di per sé sufficienti a delineare una profonda riforma dell'ordinamento di polizia». Y el propio autor (59) entresaca del ordenamiento constitucional hasta cinco grupos de normas aplicables a las Fuerzas de policía (60). Con todo, el mismo *Volpi* ha reconocido (61) que en Italia el ordenamiento de las Fuerzas de policía constituyó durante largo tiempo «una specie di zona franca» en la que parecía que las normas constitucionales no podían en modo alguno adentrarse.

Las reflexiones que preceden no hacen sino abonar nuestro juicio inequívocamente favorable a la opción de nuestro constituyente de dedicar una norma constitucional a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, precepto

---

(58) MAURO VOLPI: «Costituzione e polizia», en «Politica del Diritto», año XIV, núm. 1, marzo 1983, págs. 91 y sigs.; en concreto pág. 92.

(59) *Ibidem*, págs. 92 y sigs.

(60) En una dirección análoga, *Corso* ha puesto de relieve que la falta de una atribución general a la policía de una actividad de prevención, la ausencia de una cláusula general de orden público la misma estructuración (siempre, obvio es decirlo, en la Constitución italiana) del poder de policía a través de la determinación de los intereses que se establecen como límite frente al ejercicio de algunas libertades, con la consiguiente afirmación de la primacía del valor de la libertad frente a sus limitaciones, asignan a la policía una posición bien definida que es la propia de los ordenamientos democráticos liberales. *Guido Corso*: «L'ordine pubblico», Il Mulino, Bologna, 1979, pág. 59.

(61) MAURO VOLPI: «Costituzione e polizia», op. cit., pág. 91.

que el Tribunal Constitucional ha considerado (62) directamente heredero del ya mencionado Art. 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Por lo demás, no deja lugar a dudas que de la Constitución, es decir, de su marco general, no sólo del enunciado particular de su Art. 104, se desprende que las Fuerzas de policía están al servicio de la comunidad a fin de garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos constitucional y legalmente reconocidos. Es decir, esa regla básica — en el ámbito que ahora nos ocupa— de todo Estado democrático, a la que ya nos refiriéramos en un momento anterior, de reducción de los espacios de actuación de la policía y de subordinación de la actuación policial a la vinculante disciplina constitucional de los derechos y libertades, encuentra plena confirmación tanto en el marco constitucional general como, particularizadamente, en el estatuto constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

### III. LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD EN EL DEBATE CONSTITUYENTE

1. El primer antecedente que del Art. 104 encontramos en el itinerario constituyente nos aparece en los acuerdos de la Ponencia constitucional adoptados en su sesión del 8 de noviembre de 1977 (63). En ella, tras el correspondiente debate sobre los textos de los documentos de UCD, del Partido Comunista y de AP, se aprobaba como Art. 124 un texto sobre las Fuerzas de Orden Público, dejando pendiente para segunda lectura su ubicación.

De conformidad con el citado Art. 124:

A. «Las Fuerzas de Orden Público tendrán como misión defender el ordenamiento constitucional, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y garantizar la seguridad personal de estas».

B. «Una Ley Orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatuto de las Fuerzas de Orden Público».

El precepto en cuestión se ubicaba dentro de un título referente a las «Fuerzas Armadas, de Orden Público y estados de excepción».

---

(62) STC 55/1990, de 28 de marzo, fund. jur. 5.

(63) Actas de la Ponencia constitucional, en Revista de las Cortes Generales, núm. 2, segundo cuatrimestre 1984, págs. 251 y sigs.; en concreto, pág. 315.

Las similitudes de esta norma con la que habría de ser redacción final del texto es notable, bien que quepa advertir tres diferencias sensibles al menos:

a) En primer término, el cambio terminológico, que llevará al abandono de la alusión al orden público al identificar las fuerzas policiales. Entre nosotros, *Ballbé* (64) propugnaría como necesaria la sustitución del mismo concepto de «orden público» por otro que careciese de las connotaciones antidemocráticas del citado concepto, como, por ejemplo, el de seguridad pública, siguiendo en ello de cerca a *Carlo Lavagna*, quien propugnó la eliminación del término «*ordine pubblico*» y la reconducción y articulación de los componentes materiales del mismo en torno a la noción de «*sicurezza*» (65). Bien es verdad que de ello no podemos concluir, como hace algún sector doctrinal (66), que el Anteproyecto de Constitución giraba con exclusividad en torno al concepto de orden público, pues es evidente que tal concepto se había abandonado al enumerar las misiones que correspondían a las Fuerzas policiales, manteniéndose tan sólo a efectos de la denominación de estas mismas Fuerzas, bien que, de modo un tanto incongruente, el concepto se reflotaba en el Art. 138 del Anteproyecto (equivalente al actual Art. 149), que atribuía al Estado, en su número 29, la competencia exclusiva en materia de orden público, sin perjuicio de la posibilidad de crear policías territoriales, que habrían de coadyuvar al sostenimiento del orden público en la forma estatutariamente establecida.

b) En segundo lugar, la atribución a las Fuerzas de Orden Público de la misión de defensa del ordenamiento constitucional, coincidente con la que el Art. 123 del propio texto atribuía a las Fuerzas Armadas, lo que encerrada una notable confusión en tema tan importante como el de las funciones de unas y otras Fuerzas, determinación que en un momento ulterior del «iter» constituyente sería suprimida

c) Por último, la falta de alusión a la dependencia del Gobierno, aspecto que posteriormente sería también modificado.

Y desde luego, junto a las anteriores divergencias, no cabe ignorar la que, en el plano formal, bien que con indudables consecuencias que podían trascender dicho plano significaba ubicar en un mismo título a las Fuerzas Armadas y a las de Orden Público.

---

(64) MANUEL BALLBÉ: «Fuerzas de Orden público», op. cit. pág. 149.

(65) Así nos lo recuerda IÑAKI AGIRREAZKENUAGA: «La coacción administrativa directa» Civitas-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1990, pág. 364, nota 119.

(66) IÑAKI AGIRREAZKENUAGA: «La coacción...», op. cit., pág. 346.

En las Actas de la Ponencia no encontramos referencia alguna al momento en que se acordó la reubicación de los artículos recogidos en este confuso título, ni las razones a que ello respondió. Lo cierto es que en el Anteproyecto de Constitución (67) ya nos encontramos con que el artículo antes referido aparece como art. 102 en el capítulo segundo (dedicado a la Administración) del Título V, relativo al Gobierno y a la Administración, modificación formal a la que se ha de unir, como única alteración en su redacción, la explícita referencia a la dependencia del Gobierno.

2. Un total de ocho enmiendas se presentaron al texto del Art. 102 del Anteproyecto. Dos de ellas (la núm. 2. del Sr. Antonio Carro Martínez de AP y la núm. 64, del Sr. Letamendía Belzunce, del Grupo Mixto) propugnaban la supresión del precepto (en el primer caso en su totalidad y en el segundo en su apartado primero) por entender que no debía darse tratamiento constitucional a la policía. Una tercera enmienda (la núm. 539, del Grupo Parlamentario Mixto) se limitaba, respecto al apartado primero, a meras precisiones terminológicas, y en cuanto al segundo, propugnaba supresión del carácter de «orgánica» que debía tener la ley llamada disciplinar estas Fuerzas.

La Ponencia no aceptaría los requerimientos de ninguna de estas tres enmiendas (68), como tampoco de la enmienda núm. 635 (del Grupo Parlamentario Vasco), que postulaba la necesidad de que se contemplara por la norma que las Fuerzas de Orden Público debían estar bajo la dependencia del Gobierno o, con impropia expresión técnica, de los Territorios autónomos. La ponencia justificaría su rechazo en este último caso por entender que el contenido de la enmienda nacionalista estaba en parte recogido en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (lógicamente hay que pensar que la Ponencia se refería al contenido del ya referido Art. 138.29).

Un bloque de tres enmiendas (números 713, del diputado de UCD, Sr. Sancho Rof; 736, del también diputado centrista Sr. Ortí Bordás, y 779, del Grupo Parlamentario de UCD) iban a propugnar, con expresiones muy parejas (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Fuerzas de Seguridad del Estado y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, respectivamente) un cambio

---

(67) Boletín Oficial de las Cortes (en adelante BOC), núm. 44, 5 de enero de 1978, pág. 686.

(68) BOC, núm. 82, 17 de abril de 1978, pág. 1.580.

terminológico en la denominación inicialmente utilizada (Fuerzas de Orden Público) para aludir a las Fuerzas policiales.

La expresión «Fuerzas de Orden Público» tenía su antecedente inmediato en el Art. 37 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, que consideraba que tales Fuerzas, en unión de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, constituían las Fuerzas Armadas de la Nación. Ya hemos tenido oportunidad de aludir a las razones por las que esta expresión había suscitado un rechazo muy generalizados al ser considerada como la «cláusula de cierre» última del sistema autoritario (69), en cuanto que el orden público era el fundamento de poderes explícitos e implícitos, lo que llegó a convertirle más que en un concepto material en un concepto ideológico además ya de jurídico.

En la enmienda núm. 713, de la que es directa tributaria la terminología finalmente empleada por el constituyente, se justificaba el cambio de denominación que se postulaba por ser la de «Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» más omnicomprendiva y mejor adaptada al moderno entendimiento de su papel. La Ponencia haría suya esta propuesta aceptando con ello, en parte, las enmiendas núms. 736 y 779.

Por último, el acertado abandono de la misión de defensa del ordenamiento constitucional, como propia de la policía, se debería a la aceptación de alguna de las propuestas acogidas en la enmienda núm. 697, del Grupo Parlamentario Comunista, que consideraba necesario prescindir de esta función de defensa constitucional al objeto de precisar con más claridad la posición constitucional de estas Fuerzas. La Ponencia, efectivamente, prescindiría de esta misión, rechazando por contra las otras formulaciones de la enmienda comunista: la sujeción de los miembros de las Fuerzas de Seguridad a la jurisdicción ordinaria y el reconocimiento de su derecho de sindicación, lo que entrañaba una postura, por parte del enmendante, proclive a la plena y definitiva desmilitarización de estas Fuerzas policiales.

La Ponencia alteraría asimismo la redacción de la segunda de las misiones asignadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siguiendo también lo propugnado en este punto por el diputado Sr. Sancho Rof en su enmienda núm. 713: frente a la inicial referencia del texto del Anteproyecto a la garantía de «la seguridad personal de éstos» (se refiere a los ciudadanos), el Informe de la Ponencia se referiría a la garantía de «la seguridad ciudadana».

---

(69) DIEGO LÓPEZ GARRIDO: «Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en *José Juan González Encinar* (dir.), «Diccionario del sistema político español», Akal, Madrid, 1984, págs. 358 y sigs.; en concreto pág. 360.

Finalmente, aunque la Ponencia aduciría que mantenía el texto del Anteproyecto en el apartado segundo del precepto que nos ocupa, rechazando las enmiendas presentadas al mismo, lo cierto es que se introducía una modificación que podía tener consecuencias importantes en un futuro: frente al empleo en singular del término «estatuto» (estatuto de las Fuerzas de Orden Público), ahora se recurría al plural (estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Evidentemente, ese empleo del plural podía entenderse como una mera exigencia gramatical en cuanto que la expresión venía ahora referida a las Fuerzas y Cuerpos, pero también cabía admitir que con ella el constituyente estaba amparando la posible dualidad de regímenes estatutarios según se tratase de la Guardia Civil o de las restantes Fuerzas de Seguridad.

Lo cierto es que la Ponencia constitucional dió al precepto que nos ocupa (que en el Informe quedó como Art. 96) la redacción que, a la postre, habría de ser la definitiva.

3. El paso del precepto que venimos comentando por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso revelaría con nitidez el amplio acuerdo que la redacción dada al mismo por la Ponencia había suscitado. La doctrina (70) también ha destacado el dilatado clima de consenso en que se desarrolló la regulación de las Fuerzas de Seguridad a lo largo de los debates constituyentes.

En efecto, en la sesión del día 6 de junio (71) se procedía al debate del Art. 96 del Informe de la Ponencia. En realidad ese debate sería inexistente por cuanto unas enmiendas se entenderían recogidas en el Informe y otras retiradas, bien que alguna de ellas con el ánimo de defenderla en otro momento del debate aunque fuera por medio de una enmienda «*in voce*» (cual acontecería con la enmienda del PNV). Tan sólo habría que recordar la explicación de voto del diputado comunista Sr. Solé Tura, quien manifestaría que la retirada de la enmienda de su Grupo tendente a constitucionalizar el derecho de sindicación de los miembros de las Fuerzas de Seguridad no debía entenderse fruto de la accesoriedad del tema; bien al contrario, para Solé Tura y su Grupo, se trataba de un tema fundamental

---

(70) FERNANDO GARRIDO FALLA: «Comentario al artículo 104», en la obra por él dirigida «Comentarios a la Constitución», 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1985, pág. 1.447. Asimismo, José Manuel Castells Arteché: «La policía autónoma», Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1989, pág. 51.

(71) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (en adelante DSCD), Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 6 de junio de 1978, págs. 2.963-2.964.

«para abordar con éxito el proceso de democratización de nuestro país que implica la democratización de todo el aparato del Estado». En consecuencia, la retirada de esta parte de la enmienda núm. 697 debía vincularse con la posibilidad contemplada al efecto por el Art. 27 del texto del Informe (referente al derecho a la libertad sindical).

El precepto sería aprobado por unanimidad, síntoma bien fehaciente del consenso que suscitó esta norma constitucional.

El Dictamen de la Comisión (72) acogería, consiguientemente, inalterado el texto del artículo, bien que ahora numerado como Art. 97.

En el Pleno del Congreso, la norma que analizamos ni tan siquiera sería objeto de ningún intento de debate o intervención, procediéndose a votar de modo conjunto con otros preceptos (los artículos 93 a 99 del texto del Dictamen), siendo aprobada por 259 votos a favor, tres en contra y cuatro abstenciones (73).

Como es obvio, en el texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso, al precepto en cuestión quedaba inalterado incluso en su numeración (art. 97) (74).

4. Este clima de acuerdo y connivencia no quebraría en la Cámara Alta. De entrada, fueron muy escasas las enmiendas presentadas al Art. 97: cuatro tan sólo. Una de ellas (enmienda núm. 522, del Sr. Xirinacs, del Grupo Mixto) creemos que carece de todo interés dada la marginalidad de sus planteamientos, en sintonía con el modelo confederal de Estado defendido por el referido senador; quizá podría destacarse tan sólo la defensa por el Sr. Xirinacs del principio de subsidiariedad en la actuación de la Confederación, ante las responsabilidades prioritarias de seguridad por parte de los Estados miembros de aquélla.

Una segunda enmienda (la núm. 302, del senador Sr. Bandrés, del Grupo de Senadores Vascos) propugnaba la supresión del apartado primero, debiendo quedar circunscrito el precepto al texto del apartado segundo, en el que se habría de aludir tanto a las Fuerzas Armadas como a las Fuerzas de Orden Público. Unas y otras, como instituciones integrantes de la Administración, habían de tener definidas sus funciones y estatutos por ley orgánica propia, sin ser necesario, según razonaba el Sr. Bandrés, que esa definición tuviera rango constitucional. Los argumentos que expusi-

---

(72) BOC, núm. 121, 1 de julio de 1978, pág. 2.608.

(73) DSCD, núm. 109 (sesión plenaria núm. 38), 13 de julio de 1978, págs. 4.230-4.231.

(74) BOC, núm. 135, 24 de julio de 1978, pág. 2.962.

mos en el epígrafe inmediatamente anterior creemos que contradicen frontalmente la bondad de esta reflexión.

Finalmente, dos enmiendas coincidentes en su finalidad: suprimir el inciso «bajo la dependencia del Gobierno» (del apartado primero), bien que por razones harto diferentes. La primera de ellas (enmienda núm. 242, del senador Sr. Satrústegui Fernández, del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes) propugnaba la supresión en base a que el Art. 91 del Proyecto aprobado por el Congreso ya establecía que el Gobierno dirige la Administración civil y militar. Y con un argumento un tanto equívoco, el Sr. Satrústegui consideraba que en cuanto las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad forman parte bien de la Administración civil o de la militar, en cualquiera de ambos casos se hallaban ya bajo la dependencia del Gobierno. La segunda enmienda (núm. 1001, del Grupo de Senadores Vascos) asentaba su propuesta de supresión del inciso en cuestión en la inexcusable necesidad de una gestión autonómica del orden público, que hacía necesario suprimir la referida previsión, en cuanto que la misma condicionaba constitucionalmente la correcta resolución del problema.

5. En la Comisión de Constitución del Senado (75), la norma que atrae nuestra atención sería objeto de un mayor debate que en el Congreso, en donde, como ya dijimos, la discusión fue de hecho inexistente. El debate giró en torno a la supresión de la expresa referencia a la dependencia gubernamental de las Fuerzas policiales.

Para el senador Sr. Satrústegui, la susodicha supresión se justificaba en base a una doble argumentación: de un lado por la existencia de Fuerzas policiales dependientes no del Gobierno, sino de la autoridad judicial (Policía judicial) o de las autoridades autonómicas (Policías autonómicas), y de otro, por el argumento ya expuesto en la justificación de la enmienda de la innecesariedad de esa previsión a la vista de una interpretación sistemática de la Constitución.

A su vez, el senador del Grupo Vasco Sr. Zabala, tras adherirse a la enmienda y a los argumentos del Sr. Satrústegui, aduciría que existía una antinomia entre este texto y la previsión del Art. 143.27, a cuyo tenor la seguridad pública correspondía al Estado, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas. A juicio del

---

(75) Diario de Sesiones del Senado (en adelante DSS), núm. 50, 6 de septiembre de 1978, págs. 2.357-2.360.

senador vasco, debía de preverse que las Fuerzas de Seguridad quedaran bajo la dependencia de los poderes públicos.

A modo de transacción, el senador socialista Sr. Sainz de Varanda defendería que el precepto contemplara la dependencia de estas Fuerzas policiales «del Gobierno y demás poderes públicos», supeditando su respaldo a las enmiendas en cuestión al apoyo de los demás Grupos al texto socialista, respaldo que no se produciría al decantarse el representante se UCD, Sr. Hurtado Simón, por mantener en su integridad el texto aprobado por el Congreso, que a juicio del senador centrista no planteaba ninguna clase de dudas, al referirse tan sólo a las Fuerzas de Seguridad directamente dependientes del Gobierno, sin excluir en modo alguno las restantes Fuerzas.

La enmienda del Sr. Satrústegui sería rechazada finalmente (por doce votos en contra y tres a favor, con ocho abstenciones), siendo con posterioridad aprobado el apartado primero del Art. 97 por 18 votos a favor y 6 abstenciones, y aprobándose por asentimiento el segundo de sus apartados.

En el texto del Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado (76), el precepto cambiaba nuevamente de numeración, pasando a ser ahora el Art. 103.

El senador Sr. Satrústegui y el Grupo de Senadores Vascos mantendrían como votos particulares (núms. 319 y 320, respectivamente) sus enmiendas (núms. 242 y 1001) al texto del precepto (77). Sin embargo, en la sesión plenaria de la Alta Cámara del día 30 de septiembre (78), el Sr. Satrústegui retiraba su voto particular, tras constatar su convencimiento de que existía un consenso contrario al mismo, mientras que el voto particular del Grupo Vasco se entendía decaído.

La votación del precepto deparó un resultado rotundo: 141 votos a favor, ninguno en contra y una sola abstención. Culminaba de esta forma la trayectoria del que, tras el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Proyecto de Constitución (79), pasaba a ser el definitivo Art. 104.

6. A la vista de las reflexiones aducidas en la Alta Cámara sobre la conveniencia de que el precepto en cuestión no viniera limitado subjeti-

---

(76) BOC, núm. 157, 6 de octubre de 1.9789 pág. 3.433.

(77) *Ibíd.*, pág. 3.490.

(78) DSS, núm. 63 (sesión plenaria núm. 37), 30 de septiembre de 1978, pág. 3.157.

(79) BOC, núm. 170, 28 de octubre de 1978, pág. 3.719.

vamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Gobierno, algún sector doctrinal (80) consideraría que hubiera sido mejor que tales pretensiones hubieran llegado a plasmar en el precepto a través de una formulación u otra, bien que, de inmediato, se reconozca que un mínimo sentido común apela a que las diversas organizaciones policiales existentes en nuestro país cumplen con los mismos cometidos estructurales, sin perjuicio de que las funciones en que éstos se concretan sean ejercidas por unos Cuerpos u otros en función del reparto de competencias sobre la materia.

No concordamos con la conveniencia antes aducida. Creemos que la propia ubicación del Art. 104, en un título dedicado al Gobierno, hace plenamente congruente la expresa determinación de dependencia del propio Gobierno de las Fuerzas policiales. Por lo demás, tal determinación no entrañaba que las Policías autonómicas hubiesen de quedar bajo la misma dependencia del Ejecutivo estatal. Esto era una obviedad. Una interpretación armónica del Art. 104.1 y del art. 149.1.29.º conduce a descartar la solución antes desechada. El desarrollo normativo y estatutario de ambas normas constitucionales corrobora cumplidamente lo anterior. Y es claro, finalmente, que aunque no se diga de modo expreso en el Art. 104, todas las Fuerzas policiales están llamadas a cumplir las misiones que, con carácter creemos que muy general, enuncia el Art. 104.1, concretándose particularizadamente tales misiones en función de la distribución competencial entre el Estado y aquellas Comunidades que, al amparo del Art. 149.1.29.º, procedan estatutariamente a asumir la competencia de crear Policías autonómicas. Y en cuanto a que no todas las Fuerzas policiales estatales dependen del Ejecutivo, ello es inequívoca a la vista del Art. 126 de la propia Constitución, que establece la dependencia de la Policía judicial de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal. Por tanto es inexacto entender que el Art. 104 impide la existencia de Fuerzas policiales dependientes de otros órganos distintos del Gobierno.

#### IV. EL DESARROLLO NORMATIVO DEL ART. 104

1. Apartado segundo del art. 104 se remite a una Ley Orgánica a los efectos de la determinación de las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. No es, sin embar-

---

(80) JAVIER BARCELONA LLOP: «Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, septiembre-diciembre 1996, págs. 81 y sigs.; en concreto, pág. 108.

go, la única remisión constitucional que, en relación con esta materia, encontramos en nuestra «*Lex superior*». Basta con atender a los artículos 149.1.29.º y 148.1.22.º para constatar fehacientemente este dato.

El Art. 149.1 incluye en su apartado 29 la seguridad pública como una de las materias sobre las que el Estado asume competencia exclusiva, para reconocer de inmediato que tal asunción competencial tendrá lugar «sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica».

El precepto citado supone una quiebra de la técnica general del Art. 149.1, consistente, como es de sobra conocido, en posibilitar que las Comunidades Autónomas, haciendo uso del principio dispositivo, puedan asumir por medio de sus Estatutos cuantas competencias deseen, fuera lógicamente de las reservas en favor del Estado previstas por el propio precepto. En el caso que nos ocupa, la norma no posibilita, sin embargo, la inmediata incorporación de una materia o de potestades concretas respecto a la misma, a los respectivos Estatutos por cuanto el apartado 29 del Art. 149.1 remite a una norma estatal a los efectos de llevar a cabo una delimitación de competencias, rompiendo así la regla general que reserva a los Estatutos de Autonomía esa delimitación, dentro, innecesario es decirlos del marco constitucional.

Por su parte, el Art. 148.1.22.º, en su inciso segundo, faculta a las Comunidades Autónomas para la asunción de competencias en materia de coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una Ley Orgánica.

Esta triple remisión a una Ley Orgánica por mandato constitucional planteaba el interrogante de si se trataba de una misma Ley Orgánica o de leyes diferenciadas materialmente. A nuestro juicio, nada se oponía a la formulación de un texto único, o a la opción contraria en favor de dos o tres textos legales. Se trataba claramente de una decisión de política legislativa, aunque la lógica y la racionalidad parecían hacer más aconsejable la primera opción, como por lo demás así habría finalmente de acontecer, siendo la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, la que ha venido a responder a aquella triple remisión constitucional.

En el mismo Preámbulo de la citada Ley Orgánica se justificaría precisamente el diseño de las líneas maestras del régimen jurídico de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su conjunto, tanto de las dependientes del Gobierno de la Nación como de las Policías Autónomas y Locales, en base a exigencias de la misma Norma suprema, al remitirse en su

Art. 104.2 a una Ley Orgánica ordenadora del régimen jurídico de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en contraposición a la matización efectuada en el número 1 del mismo artículo, que se refiere exclusivamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Gobierno de la Nación. No vemos tan claro como el legislador este argumento. La diferenciación apuntada no creemos que hubiera de entrañar como consecuencia jurídico-constitucional la exigencia de un texto único, circunstancia plenamente compatible con la consideración de esta opción como la más racional y aconsejable desde el punto de vista de la técnica legislativa.

En otro orden de consideraciones hay que señalar que la reserva de Ley Orgánica que acoge el Art. 104.2 contribuye a salvaguardar adecuadamente la determinación del apartado primero del propio precepto. La naturaleza legislativa de la ordenación permite acceder, llegado el caso, a una forma esencial de garantía: la del control de constitucionalidad llevado a cabo por el Tribunal Constitucional. La reserva de Ley Orgánica presupone la inexcusabilidad de un amplio acuerdo parlamentario para que la norma legal pueda ser aprobada, lo que nos parece inexcusable en materias que, como la de las Fuerzas policiales, trascienden el ámbito del «*indirizzo politico*» de la mayoría, para requerir de un amplio consenso entre las formaciones parlamentarias. Por lo demás, es obvio que la reserva de ley orgánica refleja la trascendencia que el constituyente ha querido dar a la institución policial.

2. Los llamados Pactos de la Moncloa constituirán el primer momento de reflexión sobre el concepto de orden público y su conveniente depuración de contenidos no democráticos, y asimismo, sobre la necesaria reorganización de los Cuerpos y Fuerzas de Orden Público (81). En tales Pactos, entre otros principios, se acordaba asentar el fundamento de aquel concepto en el libre, pacífico y armónico disfrute de las libertades públicas y en el respeto de los derechos humanos. De otro lado se preveía la estructuración de los Cuerpos y Fuerzas de Orden Público en dos grandes sectores: un Cuerpo civil (el Cuerpo General de Policía), encargado fundamentalmente de la investigación criminal, y dos cuerpos militares

---

(81) Cfr. al efecto la obra «Cumplimiento del programa de actuación jurídica y política de los Pactos de la Moncloa» (27 octubre 1977—27 enero 1978), Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno (Colección Informe, núm. 18), 2.ª ed., Madrid, 1978, págs. 63-73.

(Policía Armada y Guardia Civil), como Cuerpos operativos para el mantenimiento de la paz pública, seguridad ciudadana ejercicio de los derechos y libertades y guarda física de los espacios urbanos y rurales.

Desde luego, los Pactos de la Moncloa sólo significaron unas débiles medidas reformistas en el ámbito policial. Bien es verdad que en cumplimiento de los citados Pactos, el Consejo de Ministros aprobaba, el 13 de enero de 1978, el Proyecto de Ley de la Policía, que, finalmente se convertía en la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía. Se trataba, pues, de una norma legal preconstitucional aunque bien es cierto que casi coetánea de la Norma suprema.

La Ley de Policía, ciertamente, no introduce grandes innovaciones. Los Cuerpos de Seguridad del Estado quedan integrados por la Policía (que a su vez se integra por el Cuerpo Superior de Policía y el Cuerpo de la Policía Nacional) y la Guardia Civil. Es decir, no introduce la Ley una unificación al menos de los Cuerpos de la Policía. Sin embargo, al enumerar las misiones de estos Cuerpos de Seguridad del Estado, el influjo constitucional, siquiera sea parcial, es patente: de esta forma, el Art. 2.º atribuía a tales Cuerpos la misión de defender el ordenamiento constitucional (misión, recordémoslo, que en el Anteproyecto de Constitución les era atribuida), proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Y si, como dijera *Castells* (82), la Administración policial militarizada había constituido la columna vertebral de la dictadura y la Ley de Policía de 8 de marzo de 1941, en esa dirección, configuraba una Administración del orden público absolutamente militarizada y al entero servicio del poder dominante, como el propio Preámbulo de la Ley de 1941 reflejaba de modo inequívoco, la nueva Ley de Policía de 1978, que derogaba obviamente la desde todos los aspectos ancestral Ley de 1941, sin llegar a desmilitarizar por entero a las Fuerzas policiales, reducía los ámbitos competenciales de la jurisdicción castrense en esta materia. En efecto, el Art. 5.º de la Ley declaraba competente a la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de los delitos que se cometieran contra miembros del Cuerpo Superior de Policía y de la Policía Nacional, excepto que por razón del lugar o de la persona responsable fuera competente otra jurisdicción. Y aunque la Guardia Civil tenía fuero militar, se establecía en el propio precepto la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer

---

(82) JOSÉ MANUEL CASTELLS ARTECHE: «La policía autónoma», op. cit., pág. 50.

de los delitos cometidos contra sus miembros en el ejercicio de las funciones contempladas por la propia Ley.

Es verdad que la Ley de 1978 no sería capaz de alcanzar el pleno acomodo policial a los nuevos aires constitucionales. Como constataba *Curbert* en 1983 (83), observando la estructura y el funcionamiento del aparato policial español, es posible descubrir el peso que aún mantienen en él determinados condicionamientos de tipo histórico. Y así podía constatarse como la Policía Nacional no se había alejado en esos años de su objetivo peculiar: la intervención en los casos de alteración del orden público.

Quizá no fuera ajeno a esta inercia histórica el hecho de que el Art. 12 de la Ley de Policía de 1978 siguiera considerando a la Policía nacional como «un Cuerpo de estructura y organización militar no integrado en las Fuerzas Armadas» y dependiente del Ministerio del Interior, y en perfecta sintonía con tal naturaleza, se previese como derecho supletorio por el que, llegado el caso, habría de regirse la Policía Nacional, a los efectos de su organización y estructura interna, el ordenamiento militar aplicable al Ejército de Tierra, derecho que había de regir con tal carácter supletorio incluso en lo relativo al sometimiento de sus miembros —salvo lo dispuesto en el Art. 5.º de la misma Ley, ya comentado— a lo establecido en el Código de Justicia Militar.

Pese a la difícil conciliabilidad de tal norma con la Constitución, y de modo específico con las previsiones de su Art. 117.5, lo cierto es que el Tribunal Constitucional entendería que la misma no incurría en inconstitucionalidad (84), no obstante lo cual, de inmediato, el Alto Tribunal recordaba el mandato constitucional al legislador acogido por el Art. 104.2 («sin perjuicio —razonaba el Tribunal— de que el legislador proceda en el momento oportuno a dar cumplimiento a lo previsto en el Art. 104.2 de la CE en lo relativo al estatuto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad»).

3. El legislador no iba a tardar mucho tiempo en desarrollar la recomendación formulada por el Juez de la Constitución. En efecto, apenas un año después de ese pronunciamiento jurisprudencial, aunque casi media-

---

(83) JAUME CURBERT: «El modelo policial español», en *José María Rico* (comp.), «Policía y sociedad democrática», op. cit., págs. 75 y sigs.; en concreto, pág. 85.

(84) Auto del Tribunal Constitucional (en adelante ATC) 155/1985, de 6 de marzo, fund. jur. 4.º.

dos ocho años desde la entrada en vigor de la Constitución, aprobaba la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que obviamente derogaba la Ley 55/1978.

El período transcurrido para el desarrollo del Art. 104 era desde luego bien dilatado. Se ha dicho (85) que las presiones del sector militar del aparato policial y la presencia de un emergente sindicalismo policial, así como la debilidad del último Gobierno de UCD, retrasaron el desarrollo del Art. 104, pero la realidad es que ya en 1979 el Consejo de Ministros procedía a aprobar, el 3 de agosto, un Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana (86), uno de cuyos capítulos (el quinto) se dedicaba a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, manteniendo, al efectuar la enumeración de estos Cuerpos, la distinción contenida en la Ley 55/1978, bien que introduciendo una innovación sustancial: el Art. 69 del Proyecto definía a la Policía Nacional como «un Cuerpo civil cuya estructura, organización y empleo se basa en los principios de jerarquía disciplina, unidad y uniformidad y que depende del Ministerio del Interior». A la par, y en sintonía con esa novedosa naturaleza se establecía que la Policía Nacional se regiría por las disposiciones de la propia Ley y de los Reglamentos específicos que se dictaran. El Derecho militar dejaba, pues, de ser derecho supletorio. El cambio, como puede apreciarse, era notable.

El proyecto era asimismo novedoso en la regulación de los principios básicos de actuación de estos Cuerpos, principios que constituían el punto de partida para la elaboración de un auténtico código deontológico y jurídico, regulador del papel, comportamiento y actuaciones de estos Cuerpos, siendo de reseñar que el primero de esos principios era el de actuación con absoluto respeto a la Constitución y, especialmente a los contenidos de su Título I, esto es, a los derechos y libertades constitucionales.

En cuanto a la jurisdicción aplicable por razón de los delitos que se cometieran contra miembros de los Cuerpos de Seguridad o de los cometidos por los miembros de estos Cuerpos en el ejercicio de las funciones legalmente encomendadas, se seguía el criterio, ya establecido en la Ley de Policía de 1978, de atribuir la competencia a la jurisdicción ordinaria, salvo que por razón del delito o del lugar, fuera competente la jurisdicción militar.

---

(85) MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN (y otros): «Reforma policial y Constitución...», op. cit., pág. 375.

(86) Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, núm. 73-I, 21 de septiembre de 1979, págs. 357-382.

A la vista de este Proyecto, la Comisión Constitucional del Congreso, atendiendo al Informe emitido el 20 de octubre de 1980 por la Ponencia designada al efecto, emitía un Dictamen sobre el mismo en el que acordaba el desglose del proyecto en cuatro Proyectos diferentes (Ley de Seguridad Ciudadana y competencias gubernativas; Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio, promulgada el 1 de junio de 1981; Ley Orgánica sobre los supuestos previstos en el Art. 55.2 de la Constitución, que sería la Ley Orgánica 11/1980; de 1 de diciembre, y, finalmente, la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). El Proyecto último, el que realmente nos interesa, no prosperaría finalmente en su tramitación. Con todo este antecedente nos muestra un serio intento de desarrollo de las previsiones del Art. 104 de la Constitución llevado a cabo por los Gobiernos de UCD. Es decir, la Ley Orgánica 2/1986 no surge de un desierto normativo resultante del desinterés centrista por el desarrollo de esta previsión constitucional del Art. 104.

4. El 2 de septiembre de 1985, el Consejo de Ministros aprobaba el Proyecto de Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que era remitido a la Comisión de Justicia e Interior por Acuerdo de la Mesa del Congreso de 17 de septiembre (87). Tras la pertinente tramitación parlamentaria en ambas Cámaras, el Proyecto se convertía en la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo.

La Ley, como ya tuvimos oportunidad de avanzar no se limita a regular las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, aunque en ocasiones se piense erróneamente otra cosa (88). El objetivo de la norma en este punto es el diseño de un régimen básico común a todas las Fuerzas policiales, régimen que vendría dado por unos principios básicos de actuación comunes a todas ellas y por unos criterios estatutarios fundamentales.

En otro orden de consideraciones, la Ley, a partir de la dificultad —expresamente admitida por el propio Preámbulo— de parcelar una materia como la seguridad pública, toda vez que la misma no permite delimitaciones o definiciones con el rigor y precisión admisibles en otras materias, y de la consideración de que la seguridad pública es un terreno de encuentro de las esferas de Competencia de todas las Administraciones públicas

---

(87) El Proyecto sería publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 163-I, 18 de septiembre de 1985.

(88) En la misma STC 51/1993, de 11 de febrero, fund. jur. 2.º, se acoge ese error.

(aunque el Art. 149.1.29.º la considere como de la exclusiva competencia estatal), llega la fórmula de entender la seguridad pública como una de las materias compartibles por todos los poderes públicos, si bien con estatutos y papeles diferenciados, dando en todo caso respuesta a los requerimientos de una ley orgánica verificados en el Art. 149.1.29.º. Por lo demás, en este carácter peculiarmente compartible de la seguridad pública justifica el legislador su tratamiento global en un texto conjunto, a cuyo través se pretende ofrecer una panorámica general de todo su ámbito.

La Ley viene de igual forma a desarrollar la previsión contenida en el Art. 148.1.22.º de la Constitución. El régimen estatutario será lógicamente el que determine la comunidad respectiva, bien que con sujeción a las bases que en la Ley se establecen, como principios mínimos que persiguen una cierta armonización entre todos los colectivos que se ocupan de la seguridad.

El Art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, reconoce competencias a los municipios en materias de seguridad en lugares públicos y de ordenación del tráfico de personas y vehículos en las vías urbanas. A partir del reconocimiento de tales competencias, la Ley Orgánica 2/1986 admite distintas modalidades de ejecución de las mismas, incluyendo entre ellas la creación de Cuerpos de Policía propios por parte de las Corporaciones Locales.

Digamos por último que, con la finalidad de proteger la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas, binomio inseparable que enmarca dos requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática, el legislador aprobaba la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, con la que, según se reconoce en su Exposición de Motivos, se trata de facilitar la tarea de proteger un ámbito de seguridad y convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia en las relaciones sociales y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de dichas libertades y derechos.

Al logro de análogos fines responde asimismo la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.

Y en este somero repaso de los textos legales que, directa o indirectamente, han venido a desarrollar el Art. 104, no hemos de olvidar la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, norma legal que encuentra su razón de ser en la consideración de los servicios privados de seguridad como servicios complementarios y subordinados respecto a los de seguri-

dad pública, lo que entraña la conveniencia de establecer un conjunto de controles e intervenciones administrativas que condicionan el ejercicio de las actividades de seguridad por los particulares. Además de todo ello, es obvio que la proyección de la Administración del Estado sobre la prestación de servicios de seguridad por empresas privadas se asienta en la misión que incumbe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a tenor de la prescripción del Art. 104.1 de nuestra «*Lex superior*».

## V. EL MODELO POLICIAL DISEÑADO POR LA CONSTITUCIÓN

El Art. 104 configura a la Policía como un servicio público para la comunidad, especializado en la prevención y lucha contra la criminalidad, el mantenimiento del orden y la seguridad pública y protección del libre ejercicio de los derechos y libertades.

La concepción de las Fuerzas policiales como servicio público dirigido a la protección de la comunidad es uno de los rasgos más sustanciales, destacado en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986, que contribuye a poner de manifiesto el cambio de perspectiva de la Policía democrática respecto de la Policía dictatorial.

La seguridad presupone un interés general, un interés de la comunidad en evitar los daños sociales de muy dispar naturaleza que pueden derivar de ciertas actuaciones de particulares (89); es por ello por lo que se atribuye a los poderes públicos la salvaguarda de ese trascendental bien para la convivencia social que es la seguridad.

Tan relevante es la función de seguridad, genéricamente entendida, que en algunos países la terminología referente a los servicios policiales se relaciona con esa noción de seguridad: «*public security*», «*sûreté*», «*sigurezza*», «*sicherheit*», etc. desde esta óptica, la policía de seguridad ha sido considerada por Zanobini (90) como la policía por antonomasia «in quanto serve a conservare, mediante la prevenzione e altre forme di

---

(89) SANTI ROMANO Y SANDULLI, por citar tan sólo a dos autores concretos, destacan, dentro de la actividad administrativa policial esa actuación preventiva y represiva dirigida a prevenir los daños sociales que puedan derivar de la actividad privada (*Santi Romano*: «*Principii di Diritto Amministrativo Italiano*», 2.<sup>a</sup> ed., Società Editrice Libreria, Milán, 1906, pág. 225) o a evitar los daños sociales dimanantes de las acciones de los particulares (*Aldo M. Sandulli*: «*Manuale di Diritto Amministrativo*», 10.<sup>a</sup> ed., Casa Editrice Eugenio Jovene, Napoli, 1969, pág. 581).

(90) GUIDO ZANOBINI: «*Corso di Diritto Amministrativo*», vol. 5.º, Giuffrè, Milán, 1950, pág. 19.

attività amministrativa, i beni più importanti della vita sociale: l'ordine pubblico, la tranquillità, la pace, la sicurezza generale».

Quiere todo ello decir que en el estado social y democrático de derecho la configuración de la policía se formula, como bien se ha dicho (91), sobre los presupuestos de la misión o misiones que constitucionalmente tiene encomendadas a las que nos referiremos más adelante. Con todo, a la vista de tales misiones, no cabe la menor duda del carácter prestacional de la actividad que han de desarrollar las Fuerzas policiales, visión que ha sido incluso recepcionada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en su Sentencia de 28 de octubre de 1986, considera evidente que constituye un servicio público muy cualificado el que tiene por finalidad el mantenimiento del orden público y la protección de la libertad y seguridad ciudadanas, sin que esta última pueda entenderse limitada a la esfera estrictamente personal sino igualmente a la de los bienes y de derechos personales, con mayor razón cuando éstos sean de los constitucionalmente consagrados.

Al margen ya de las reflexiones que preceden, el modelo policial diseñado por nuestro constituyente (92) puede ser caracterizado por los siguientes rasgos:

a) La desmilitarización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, rasgo general que, sin embargo, requiere de una cierta matización en el caso la Guardia Civil.

b) La complejidad del modelo, esto es, el hecho de que nuestra norma suprema posibilita la coexistencia de Cuerpos de policía estatales, autonómicos y locales.

c) La administrativización, bien patente en el hecho de que el constituyente ha ubicado el precepto que nos ocupa dentro del Título relativo al Gobierno y a la Administración y, de modo muy claro, en aquel bloque normativo dedicado a la Administración pública. Y al margen ya de este argumento puramente formal, la administrativización, la inserción en la Administración pública de la policía, es la lógica consecuencia del basa-

---

(91) ALFONSO J. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN: «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana», Ara Solis-Xunta de Galicia, La Coruña, 1997, págs. 153-154.

(92) los rasgos que enumeramos, a nuestro juicio, perfilan un modelo bastante definido que puede admitir, desde luego, matices, bien que dentro de un marco notablemente predeterminado. Con esos mismo matices puede, pues, admitirse la tesis de *Morales Villanueva*, para quien la flexibilidad de la Constitución española permite la adopción de modelos policiales diferentes. *Antonio Morales Villanueva: «Administración Policial Española»*, Editorial San Martín, Madrid, 1988, pág. 210.

mento funcional de los Cuerpos policiales, esto es, de la circunstancia de que éstos encuentran su razón de ser en las misiones que la Constitución les atribuye, de lo que a su vez deriva, como ya dijimos, su carácter de servicio público imbricado en la Administración civil.

d) El peculiar régimen estatuario de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que aunque no se halla como es lógico regulado, ni siquiera en sus grandes rasgos, por la Constitución, ésta sienta unas bases mínimas que permiten atisbar un régimen estatuario particularizado respecto de los demás funcionarios públicos.

e) La sujeción a unos principios de actuación inexcusablemente acordes con el ordenamiento constitucional general, de modo particular, con los valores constitucionales y con los derechos y libertades que la Norma suprema proclama.

A los anteriores rasgos habría que añadir, para completar el perfil constitucional de la policía, las misiones que, en último término, otorgan su razón de ser a las Fuerzas policiales, plenamente acordes con esa filosofía personalista que atraviesa la Constitución. Sin embargo, de estas misiones nos ocuparemos en otro lugar.

#### A) LA DESMILITARIZACIÓN DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD Y LA PECULIAR NATURALEZA DE LA GUARDIA CIVIL

1.- Ya en los momentos inmediatamente anteriores a la aprobación de la Constitución un sector de la doctrina reivindicaba la necesidad de desvincular las Fuerzas de policía de las Fuerzas Armadas, inextricablemente ligadas en el franquismo, considerando que la desmilitarización de las primeras era un presupuesto básico para configurar la profesión de policía en una democracia, pues la militarización impedía caracterizar un verdadero estatuto profesional de la policía, y la organización de tipo militar se hallaba en contracción con uno de los principios básicos de la profesión policial; la capacidad de iniciativa y la decisión personal (93).

La preocupación expuesta no se ha dado tan sólo entre nuestra doctrina. Bien al contrario, es una inquietud doctrinal común. Este es el caso de la doctrina italiana, que se ha ocupado con bastante frecuencia del tema. Y así, para *Corso* (94), es de interés la clara delimitación del ámbito de las Fuerzas Armadas y del de la Policía. Y ello por cuanto mientras las primeras son

---

(93) MANUEL BALLBÉ: «Fuerzas de Orden Público», op. cit. págs. 152-153

(94) GUIDO CORSO: «L'ordine pubblico», Il Mulino, Bologna, 1979, pág. 60

mandadas por el Jefe del Estado (que preside el Consejo Supremo de Defensa) y se sustraen al «*indirizzo politico*» del Gobierno, debiendo su actuación tener como impronta una neutralidad política que el propio Jefe del Estado ha de garantizar, la Policía no puede sustraerse al «*indirizzo politico*», debiendo quedar estrechamente ligada al aparato de gobierno. La distinción constitucional establecida entre los dos vértices de unas y otras Fuerzas (presidente de la República y Gobierno) —concluye *Corso*— impone también una diferenciación del aparato militar respecto del policial.

También *Volpi* (95) —por razones que presentan para el caso español mayor interés que las antes expuestas— se cuestiona la congruencia de la militarización de los Cuerpos policiales respecto de los fines que están llamados a satisfacer. Y en base al Art. 52 de la Constitución italiana (que considera la defensa de la patria como un deber sagrado de los ciudadanos y opta de inmediato por declarar la obligatoriedad del servicio militar), entiende que puede dudarse de la legitimidad constitucional de las disposiciones que han militarizado varios cuerpos policiales, para concluir significando que las Fuerzas de policía no pueden, como regla general, ser encuadradas en el ámbito de una disciplina castrense dirigida a la satisfacción de una finalidad —exterior—, esto es, de diferente naturaleza a aquellos otros fines que la Policía está llamada a perseguir.

Desde luego, parece claro que entre los enunciados de un Estado democrático se halle el de que las Fuerzas Armadas no integran en su seno a las fuerzas policiales, es decir, que éstas se encuentran separadas de aquéllas. El acomodo de la policía a los principios democráticos se alcanzará mejor a través de esa separación, pues, como ha significado *Corso* (96), no importa que a la policía se atribuyan más poderes, si al ejercitarlos puede hablarse de una nueva policía, de una policía democrática.

2.- A nuestro modo de ver, es inequívoco el deseo del constituyente de 1978 de deslindar con nitidez las Fuerzas Armadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El debate constituyente del Art. 8.º, sobre el que no vamos a detenernos por razones obvias (97), refleja con notable claridad esa voluntad de separación.

---

(95) MAURO VOLPI: «Constituzione e polizia», op. cit. Pág. 96

(96) GUIDO CORSO: «L'ordine pubblico», op. cit. pág. 10.

(97) Cfr. al efecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «Las Fuerzas Armadas» (Comentario al artículo 8.º de la Constitución), en *Oscar Alzaga* (dir.) «Comentarios a la Constitución Española de 1978», tomo I, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1996, págs. 409 y sigs.; en concreto, págs. 440-442.

Bien es verdad que no faltan entre la doctrina quienes niegan o matizan la evidencia, cual acontece con *Cano Hevia* (98), para quien el espíritu del Art. 8.1 no tiene intencionalidad orgánica limitativa, o como *Morales Villanueva* (99), que entiende que con la aprobación del Art. 8.º quedaba claro que la Guardia Civil continuaba formando parte de las Fuerzas Armadas, a través del Ejército de Tierra y de acuerdo con las Leyes constitutivas del mismo. Obviamente, en la ordenación preconstitucional la Guardia Civil estaba integrada en el Ejército de Tierra, pero esa era precisamente una de las situaciones que el constituyente deseaba cambiar. Es evidente que para llevar a buen puerto ese cambio se requería de un desarrollo legislativo, bien pronto materializado (en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar), pero no lo es menos que con la Constitución quedaba patentemente puesto de relieve el deseo del constituyente de que la Guardia Civil, cuerpo esencialmente policial, quedara al margen de las Fuerzas Armadas.

Una interpretación sistemática de nuestra Norma suprema revela con inequívoca claridad la separación orgánica y funcional entre fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Y esta es una opinión ampliamente compartida (100), no requiriéndose para justificarla de un amplio arsenal argumental.

---

(98) JUAN CANO HEVIA: «Fuerzas Armadas», en *J. J. González Encinar* (dir), «Diccionario del Sistema Político Español», Akal Editor, Madrid, 1984, págs., 349 y sigs.; en concreto, pág. 357.

(99) ANTONIO MORALES VILLANUEVA: «La Guardia Civil en el artículo 8.º de la Constitución», en el colectivo, «Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución» (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 2.767 y sigs.; en concreto, pág. 2.789

(100) Valga recordar, entre otros autores, bien que sin pretensión alguna de exhaustividad, a *FEDERICO TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE*: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española» (Esbozo de una construcción institucional), en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12, noviembre-diciembre 1979, págs. 105 y sigs.; en concreto, pág. 110. *FERNANDO LÓPEZ RAMÓN*: «La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas», CEC, Madrid, 1987, pág. 312. *MANUEL BALLBÉ*: «Orden público y militarismo en la España constitucional» (1812-1983), Alianza Universidad, Madrid, 1983, pág. 461. *JAVIER BARCELONA LLOP*: «Policía y Constitución», Tecnos, Madrid, 1997, págs. 44-49. *MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN* (y otros): «El modelo policial ante el Tribunal Constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 123, septiembre-diciembre 1990, págs. 261 y sigs.; en concreto pág. 265. Más matizada es la posición de *FERNANDO GARRIDO FALLA*, quien admite que la Constitución ha querido deliberadamente una separación sustancial entre las Fuerzas Armadas y las fuerzas de Seguridad, por razón de los fines que unas y otras persiguen. Y en cuanto a la separación orgánica, con criterio harto discutible, y que no compartimos, el citado autor significa que tal separación ya era clara en el régimen anterior (esto es, en el régimen preconstitucional). *FERNANDO GARRIDO FALLA*: «Comentario al artículo 104, op. cit. pág. 1.448.

Las Fuerzas policiales quedaron, consciente y deliberadamente, excluidas por el constituyente de los elementos integrantes de las Fuerzas Armadas, a diferencia, por ejemplo, de lo establecido en la Ley Orgánica del Estado de 1967. A ello se unió la nítida y reveladora ubicación del artículo que delinea el estatuto constitucional de la policía en el Título referente al Gobierno y a la Administración, entroncando sistemáticamente el Art. 104 en el bloque normativo constitucional atinente a la Administración pública. Y por si todo ello no fuera suficiente, los constituyentes disciplinaron las funciones de los tres Ejércitos integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía de modo bien dispar, separándolas sin atisbo de duda. La diferenciación entre aquéllas y éstas no sólo es nítida sino que ofrece aspectos bien dispares.

Ahora bien, de lo anterior no debe deducirse que nos hallamos ante una separación absoluta, ante dos bloques separados por una mampara totalmente aislante. Dicho de otro modo, sería una interpretación sesgada concluir que el constituyente ha ubicado a las Fuerzas Armadas y a la Policía en dos compartimentos estancos entre los que no es factible ningún tipo de comunicación, como, por ejemplo, defendiera *Pérez Royo* en un artículo periodístico («Guardia Civil y derecho de sindicación»). Esta tesis cae por sí misma si se tienen en cuenta las previsiones de otros preceptos constitucionales, como es el caso de los Arts. 28.1 y 29.2. Así lo ha entendido el Juez de la Constitución, para el que «no puede decirse que la Constitución establezca, como dos bloques institucionales rígidos e incommunicables los incluidos en los artículos 8 y 104, pues el propio texto constitucional prevé y permite (Arts. 28.1 y 29.2) la existencia de Institutos armados y de Cuerpos sometidos a disciplina militar distintos a las Fuerzas Armadas, reconociendo así un “*tertium genus*” o una figura intermedia entre aquéllas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no sometidas a disciplina militar» (101).

El Alto Tribunal ha llegado aún más lejos en sus apreciaciones, al admitir, de modo creemos que harto discutible, la conformidad con la Constitución de la sujeción de las Fuerzas de Seguridad en general, y de modo específico de las de la Policía, pese a su no integración en las Fuerzas Armadas, al régimen disciplinario de las mismas, en cuanto a la determinación de las faltas de disciplina de sus sanciones y del régimen

---

(101) STC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 3.º.

de imposición de éstas, aun cuando ello suponga excluirlas en este aspecto de la Administración civil (102).

Esta posición jurisprudencial es, a nuestro juicio, insostenible, por lo menos en relación al Cuerpo Nacional de Policía, y ello por dos razones fundamentales al menos: en primer término, porque la clara separación constitucional entre Fuerzas Armadas y Policía no es un principio retórico o semántica, ni mucho menos puramente estético, sino que debe tener unas consecuencias jurídicas visibles, entre ellas una de las más evidentes ha de ser la existencia de regímenes jurídicos formal, y pensamos que también sustancialmente, diferenciados, algo que, por lo demás, late con claridad en las remisiones a sendas leyes orgánicas que acogen los artículos 8.2 y 104.2. Y en segundo lugar, porque si todavía pueden admitirse ciertas particularidades en el régimen jurídico de la Guardia Civil, dada su caracterización jurídica como «Instituto armado de naturaleza militar» (Art. 9.º, b/ de la Ley Orgánica 2/1986), tales matices no pueden admitirse en relación con el Cuerpo Nacional de Policía, que es un «Instituto armado de naturaleza civil (Art. 9.º, a/ de la misma Ley). Su plena inserción en la Administración civil del Estado es incompatible con la aplicación a sus miembros del régimen disciplinario castrense. Y aún en el caso de la Guardia Civil como tendremos oportunidad de ver más adelante, su caracterización no creemos que justifique el que a los miembros de la Benemérita les sea de aplicación el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Consiguientemente, esta doctrina constitucional, a todas luces insostenible, solo puede comprenderse, aunque no justificarse en la base a las circunstancias coyunturales del momento (apenas acababa de promulgarse la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ésta, como es lógico, no había sido objeto aún de desarrollo alguno).

3.- El desarrollo legislativo del Art. 104, como regla general, ha profundizado en la filosofía sustentada por el constituyente en esta materia.

La Ley Orgánica 2/1986, como se ha dicho (103), viene a desmilitarizar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, equiparándolos al resto de los

---

(102) SSTC 31/1985, de 5 de marzo, fund. jur. 5.º, b/ y 93/1986, de 7 de julio, fund. jur. 7.º

(103) CARMEN CHINCHILLA MARÍN, en el «Prólogo» a la obra «Legislación sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», edición preparada por la propia autora, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 12-13.

sectores que integran la Administración civil, sin perjuicio de las peculiaridades derivadas de la misión que estos funcionarios realizan.

En su Preámbulo, se afirma en un determinado momento que a «través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se ejerce el monopolio por parte de las Administraciones públicas, del uso institucionalizado de la coacción jurídica», consideración que, forzando los términos ha sido interpretada (104) en el sentido de entender que con ella se ha pretendido dejar fuera a las Fuerzas Armadas, aunque éstas compartan el uso de la violencia del Estado para el cumplimiento de las funciones encomendadas por el Art. 8.1 de la Constitución. Y desde otra perspectiva, se ha considerado (105) que sería un grave error pensar que cuando el poder del Estado se divide y residencia en distintos titulares, el monopolio de la coacción se concentra en una sola de los poderes del Estado como parece sostenerse un poco confusamente, en tal párrafo del Preámbulo.

Desde luego, no creemos que con el transcrito párrafo del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986 se esté tratando de excluir a las Fuerzas Armadas del ejercicio de funciones relativas a la seguridad pública, pues tal exclusión no es la resultante de la ordenación realizada por la norma legal a que venimos refiriéndonos sino que deriva directamente de la voluntad del constituyente. Tampoco pensamos que con el párrafo en cuestión se pretenda atribuir a uno de los poderes del Estado el monopolio de la coacción Jurídica, pues es una evidencia incontestable que dicho monopolio lo ostenta el Estado, correspondiendo por tanto, en principio a todos los poderes en que el mismo se organiza. Y aún hoy habría que tener en cuenta que en cuanto el Estado se ve impotente para garantizar con sus exclusivos medios la seguridad demandada por los ciudadanos, se ha visto obligado a ceder parte del monopolio en el uso de la fuerza, llevando a cabo, como ha significado el propio Tribunal Supremo (106), una suerte de delegación de funciones típicamente públicas, por mor de la cual, las empresas de seguridad dedicadas a esta específica misión, en cierto modo sustituyen al Estado. A esta nueva realidad y al deseo de integrar funcio-

---

(104) IÑAKI AGIRREAZKUENAGA: «La coacción administrativa directa», op. cit., pág. 224.

(105) JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO: «La Policía Judicial: una necesidad, no un problema», en «Poder Judicial» (Consejo General del Poder Judicial), número especial II, 1986, págs. 175 y sigs.; en concreto, pág. 178.

(106) Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 7 de diciembre de 1987 (Sala 5. Contencioso-Administrativo), Aranzadi, marginal núm. 9.389.

nalmente la seguridad privada en el monopolio de la seguridad que corresponde al Estado, responde la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada (107).

En definitiva, con el citado párrafo del Preámbulo lo único que se pretende, a nuestro entender, es poner de relieve que en cuanto una actividad esencial a la existencia misma del Estado es la salvaguarda de la seguridad, uno de los pilares de la convivencia social, tal función es monopolizada por el poder Público en general. Y entre los poderes públicos, particularizadamente, las distintas Administraciones Públicas canalizan el ejercicio de esa potestad coactiva a través de las Fuerzas policiales.

Retornando al contenido normativo de la Ley Orgánica 2/1986, cabe decir que la misma fusiona los Cuerpos Superior de Policía y de la Policía Nacional en un solo colectivo, denominado Cuerpo Nacional de Policía, consagrando su naturaleza civil, novedad importante por cuanto que, hasta ese mismo momento, y pese a esa suerte de mandato constitucional implícito de desmilitarización de las Fuerzas de Seguridad, lo cierto es que la Policía Nacional seguía teniendo naturaleza militar, como se encargaba de reconocer el propio Tribunal Constitucional (108).

En cuanto a la Guardia Civil, como ya hemos tenido oportunidad de indicar, es considerada por el Art. 9.º, b/ de la Ley como un «Instituto armado de naturaleza militar», calificación que ha dado pie a una profunda crítica por un amplio sector doctrinal (109). Llegados aquí, hemos de

---

(107) Es indudable —ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 6/1994, de 17 de enero, fund. jur. 4.º y 42/1994, de 15 de febrero, fund. jur. único)— que unas actividades como las de seguridad privada, que afectan directamente al uso legítimo de la fuerza, deben ser reguladas y supervisadas estrechamente por los poderes públicos. Y en la medida en que restringen las libertades de los ciudadanos (...) y conllevan el establecimiento de conductas punibles, esa regulación debe realizarse, en sus elementos medulares, por Ley, pues, de no ser así, se degradaría la garantía esencial ex Art. 25,1 CE que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes.

(108) ATC 631/1984, de 31 de octubre, fund. jur. único.

(109) La conceptualización legal de la Guardia Civil, a juicio de *Chinchilla*, no sólo contradice la «vocación desmilitarizadora» que late en el articulado de la Ley, sino que es una nota disonante que se compadece mal con la clara distinción entre las funciones de las Fuerzas Armadas y las de las Fuerzas de Seguridad que la propia Constitución ha efectuado (*Carmen Chinchilla Marín*, en el «Prólogo» ya citado de su propia obra, pág. 13). Por su parte, *Barcelona* cree que la calificación del Art. 9.º, b/ hace aflorar la sospecha de que, posiblemente, siendo la Guardia Civil un cuerpo funcionalmente policial, haya conservado su tradicional configuración militar sin integrarse formalmente en la organización de las Fuerzas Armadas (*Javier Barcelona Llop*: «Sobre las funciones y organización de las Fuerzas de Seguridad: presupuestos constitucionales problemática jurídica y soluciones

centrar nuestra atención en la problemática que plantea esa peculiar naturaleza de la Benemérita

4.- Ya en su mismo origen histórico se suscitó la problemática de la naturaleza militar o civil de la Guardia Civil. En el seno mismo del Consejo de Ministros que había de dar luz verde a su creación se plantearía una notable polémica al respecto en el mismo momento inmediatamente anterior a la aprobación del Decreto fundacional, de 28 de marzo de 1844. Triunfó finalmente la propuesta de *González Bravo*, descartándose la integración de la Guardia Civil en el Ejército, de igual forma que su sujeción a las ordenanzas militares, bien que, a modo de concesión *González Bravo* hubiera de admitir la dependencia de la jurisdicción castrense del Cuerpo de guardias civiles en cuanto a su organización y disciplina. Ello suponía, en todo caso, que las posibles extralimitaciones de los guardias sobre los ciudadanos habían de ser de la competencia de la jurisdicción ordinaria, que también conocería de los atentados y demás acciones delictuales cometidas por la ciudadanía contra los guardias. Bien es verdad, aunque ello sea un tanto indiferente a la cuestión que ahora nos preocupa que, como ha constatado *López Garrido* (110), la creación de una fuerza al servicio de la autoridad civil no tuvo como objetivo una pretendida «civilización» o «constitucionalización» de la represión, sino el establecimiento de un contrapeso real en el interior del Estado a la presión de las máximas autoridades castrenses (111).

No cabe, pues, duda alguna acerca del nacimiento de la Benemérita como fuerza civil (112) al servicio de la autoridad civil. Este diseño civil se iba a justificar en el fondo en la idea de hacer presente el poder central

---

normativas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, enero-abril 1991, págs. 9 y sigs.; en concreto pág. 14.

(110) DIEGO LÓPEZ GARRIDO: «La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista», Editorial Crítica, Barcelona, 1982, pág. 86

(111) Cree LÓPEZ GARRIDO (en «La Guardia Civil...», op. cit. pág. 88) que la idea de centralización estatalista en la creación de la Guardia Civil está presente cuando se descalifica a la Milicia Nacional. Y es que la conservación del orden social requería de una fuerza permanente en todo el Estado. De ahí que *Curbet* (en «El modelo policial español», en *José María Rico* (comp.), «Policía y sociedad democrática», op. cit., págs. 75 y sigs.; en concreto, pág. 87) llegue a ver en la Guardia Civil, la pieza fundamental del proceso de construcción del modelo de Estado que aún hoy rige, en lo esencial nuestra vida colectiva, afirmación que creemos verdaderamente exagerada.

(112) En la Exposición de Motivos del Decreto fundacional, de 28 de marzo de 1844, puede leerse que «ni el Ejército ni la Milicia Nacional desempeñan con la fe necesaria el servicio enojoso de la policía», y es por ello por lo que se constata «ser una necesidad (la Guardia Civil) porque ninguna de las fuerzas existentes puede llenar la falta de un cuerpo civil».

en todo el territorio nacional a través de agentes directos (113). Con todo, como apunta *Ballbé* (114), no era un modelo policial civil puro como el anglosajón, sino que presentaba más similitudes con la Gendarmería francesa, en la que, según el mismo autor, sin ningún género de dudas se inspiraba.

Bien es verdad que la Gendarmería francesa respondía, y aún hoy responde, a unas premisas no exactamente iguales. Creada en 1798 y sucesora de la «*maréchaussée*» del Antiguo Régimen, se integra con nitidez en una de las dos grandes categorías de las fuerzas del orden que, a juicio de *Gleizal* (115), pueden diferenciarse con absoluta claridad en Francia: las fuerzas civiles y las militares. Como destaca la doctrina francesa (116) los gendarmes son militares: la Gendarmería forma parte integrante de «*armée nationale*»; las disposiciones generales de las leyes y reglamentos castrenses les son aplicables salvo las modificaciones y excepciones motivadas por la especialidad de su organización y de su servicio; en resumen, plenamente integrados en el Ejército, los gendarmes tienen la calidad o condición de militares. Y algo análogo puede decirse del Arma de Carabineros en Italia, que orgánicamente se integra en el Ejército.

El modelo inicial de la Guardia Civil iba a ser, sin embargo, bien pronto desnaturalizado. Diez días después de que el *general Narváez* pasara a presidir el Gobierno, un nuevo Decreto de 13 de mayo de 1844 dejaba verdaderamente irreconocible (117) el Decreto fundacional. La modificación era deudora de las llamadas «bases necesarias para que un general pueda encargarse de la formación de la Guardia Civil», bases elaboradas por el *general Francisco Javier Girón*, segundo *Duque de Ahumada*, a quien se había encomendado la organización de la Benemérita por Orden de 13 de abril. Las propuestas acogidas en tales «bases» constituirían el germen del nuevo Decreto, siendo de reseñar entre ellas la militarización completa del Cuerpo y su casi total dependencia del Ministerio de la Guerra en detrimento del Ministerio de la Gobernación.

En definitiva, en el corto período de tiempo de dos meses, se pasaba de un cuerpo civil con organización militar a un cuerpo militar que pres-

---

(113) DIEGO LÓPEZ GARRIDO: «El aparato policial en España» (Historia, sociología e ideología), Ariel, Barcelona, 1987, pág. 44.

(114) MANUEL BALLBÉ: «Orden público y militarismos...», op. cit., pág. 145.

(115) JEAN-JACQUES GLEIZAL: «La police nationale» (Droit et pratique policière en France), Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1974, pág. 31.

(116) ANDRÉ DECOQ, JEAN MANTREUIL Y JACQUES BUISSON: «Le Droit de la Police», Editions Litec, París, 1991, pág. 146.

(117) DIEGO LÓPEZ GARRIDO: «La Guardia Civil...», op. cit. pág. 99.

ta un servicio civil, cambio fundamental que, como bien advierte *Morales Villanueva* (118), condicionó la evolución ulterior del Instituto. Y así, con la Restauración, la Guardia Civil pasaría a ser cuerpo integrante del Ejército: el Art. 22 de la Ley constitutiva de éste llevaba a cabo tan drástica transformación sobre la controvertida naturaleza de la Benemérita.

5.- En desarrollo del Art. 8.º de la Constitución, se elaboraba y aprobaba por el Gobierno centrista un Proyecto de Ley Orgánica por el que se regulaban los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar (119). En él, su Art. 35.1 disponía que: «La Guardia Civil es un cuerpo militar que, como tal, forma parte del Ejército de Tierra, dependiendo en los aspectos militares del Ministerio de Defensa, y en cuanto a sus funciones de orden y seguridad pública, del Ministerio del Interior». Tal previsión extrañaba una conculcación del espíritu, y aún diríamos de la propia letra, de la Constitución, pues aunque ésta formalmente no era violentada al enmarcarse orgánicamente la Guardia Civil en el Ejército de Tierra, se quebraba el nítido deslinde Constitucional entre Fuerzas Armadas y Policía, pues es evidente que la Guardia Civil es un cuerpo básicamente policial.

Una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista iba a posibilitar una solución aceptada por los centristas de UCD. En ella, la Benemérita, pese a ser considerada como «cuerpo de estructura y organización militar», era desvinculado orgánicamente del Ejército de Tierra, quedando en dependencia alternativa del Ministerio de Defensa o del Ministerio del Interior, según los casos.

La Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, dedicó finalmente dos artículos (Arts. 38 y 39) a la Guardia Civil, integrantes ambos del Título VI de la Ley. La redacción final de los mismos se separó notabilísimamente de la que tenían en el texto del Proyecto, prescindiéndose, entre otros aspectos, de la consideración de «cuerpo militar» de la Benemérita, y en cuanto tal, integrado en el Ejército de Tierra. Ello supuso una cierta clarificación, desde luego, aunque la misma no tuviera la amplitud que algún sec-

---

(118) ANTONIO MORALES VILLANUEVA: «El régimen disciplinario de la Guardia Civil. Introducción», en *José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto* (coord.). «Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil», Ministerio del Interior, Madrid, 1993, págs. 15 y sigs.; en concreto, pág. 15.

(119) Puede verse en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 72-I, 21 de septiembre de 1979.

tor doctrinal (120) le quiso dar, pues, a nuestro entender el único punto que quedó definitivamente claro fue el de que la Guardia Civil no se integraba en el Ejército de Tierra, punto por lo demás realmente medular e inexcusable si se quería respetar el mandato constitucional por cuanto, como bien advierte *López Ramón* (121), la única limitación derivada del Art. 8.1 de la Constitución estriba en que los Cuerpos de Seguridad, aún cuando se hallen sometidos a disciplina militar, no pueden pertenecer a las Fuerzas Armadas.

En los artículos 38 y 39 de la Ley Orgánica 6/1980 se acogía un diseño legislativo de la Guardia Civil que podía ser caracterizado del siguiente modo:

1.º) La Guardia Civil, orgánicamente, no formaba parte del Ejército de Tierra, como había venido siendo regla común desde 1878, y por lo mismo quedaba separada de las Fuerzas Armadas.

2.º) En tiempo de paz, la dependencia funcional de la Benemérita era doble: del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que por su naturaleza se le encomiendan bien por el propio Ministro, bien por el Gobierno, y del Ministro del Interior en el desempeño de las funciones relativas al orden y la seguridad pública, en los términos que estableciera la Ley Orgánica prevista por el Art. 104.2 de la Constitución, esto es, la Ley Orgánica 2/1986.

Es importante precisar que esta dependencia funcional en tiempo de paz, del Ministro de Defensa se refiere tan sólo al propio Ministro, no a la cadena de mando de las Fuerzas Armadas, aspecto del que derivan impor-

---

120) MANUEL BALLBÉ (en «Orden público y militarismo...», op. cit., págs. 481-482) cree que teniendo en cuenta el redactado rechazado del Proyecto y el que lo sustituyó, se desprende lógicamente que la Guardia Civil no es un «cuerpo militar» y que no está «adscrito» al Ejército de Tierra»; que sí depende del Ministerio de Defensa, pero no «en cuanto a su disciplina y servicios de carácter militar», sino sólo y únicamente «en el cumplimiento de misiones de carácter militar que por su naturaleza se le encomiendan». Es decir, que en cuanto a su disciplina y organización interna ya no depende del Ministerio de Defensa, sino del de Interior; de ello se deduce —siempre a juicio de BALLBÉ—, al rechazarse el artículo que la instituyó como un «Cuerpo militar», que evidentemente ya no es tal, sino que deberá regularse con una disciplina y organización especiales y estrictas, como las que deben tener los Cuerpos civiles de Policía que son a la vez armados, pero que por este hecho ni son militares ni militarizados. La conclusión de *Ballbé* (op. cit., pág. 482) era clara: el Art. 38 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional dejaba, pues, bien sentadas las bases para iniciar esta reforma de la Guardia Civil.

(121) FERNANDO LÓPEZ RAMÓN: «La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas», op. cit., pág. 315.

tantes consecuencias, como la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo se encargaría de precisar (122)

La Sala de lo Militar abordaría, entre otras cuestiones, el tema de la legitimación especial que en el recurso de casación establece la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, respecto a los mandos militares superiores, recurso cuya razón de ser es la defensa de la disciplina y de otros intereses esenciales de la institución militar.

Contra la Sentencia de un Consejo de Guerra condenatoria de un Capitán de la Guardia Civil como autor de un delito de abandono de destino, el Capitán General de la Región Militar Centro, a través de su Asesor Jurídico, interpuso tal recurso.

Tras descartar la Sala que el procesado, Capitán de la Guardia Civil, perteneciera al Ejército de Tierra, se interrogaba acerca de si el procesado se hallaba, en rigor, jerárquicamente subordinado al Capitán General impugnante en el momento de la interposición del recurso (requisito inexcusable para la procedencia de este recurso, de conformidad con el Art. 111 de la Ley Orgánica 4/1987).

La respuesta de la Sala atendía prioritaria, aunque no únicamente, a la luz de lo dispuesto por el Art. 38 de la Ley Orgánica 6/1980, siendo forzosamente negativa, por cuanto de ese conjunto normativo se deduce por la Sala, en tiempo de paz, el entronque jerárquico exclusivo de los miembros de la Guardia Civil, a través de su Director General, con el Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que aquél o el Gobierno le encomienden.

3.º) En tiempo de guerra, y durante el estado de sitio, la Guardia Civil dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa.

4.º) La Guardia Civil había de regirse por un Reglamento Orgánico del Cuerpo, que había de ser aprobado por el Gobierno a propuesta conjunta de los Ministros de Defensa e Interior, y en el que, de acuerdo con la ley, debían regularse su organización, funciones, armamento y el régimen de personal y de disciplina.

6.- Llegamos finalmente a la última etapa legislativa: la que culmina en la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

---

(122) STS de 15 de diciembre de 1988 (Sala de lo Militar). Aranzadí, marginal núm. 10.347.

Como se ha repetido en varias ocasiones, el Art. 9.º, b/ de esta norma legal viene, en lo sustancial, a reiterar la previsión de los artículos 38 y 39 de la Ley Orgánica 6/1980, bien que con una precisión decisiva en orden a la caracterización jurídica de la Guardia Civil: su definición como «Instituto armado de naturaleza militar».

Para dar una idea de la controversia que la militarización de la Guardia Civil suscita, nos bastará con aportar la opinión de *López Garrido* (123), quien entiende que la cuestión central de la Guardia Civil es la de su carácter militar, hasta el punto de hacer parecer que la reforma democrática de las Fuerzas de Seguridad pasa necesariamente por su desmilitarización y por su dependencia exclusiva del Ministerio del Interior.

Así las cosas, no nos extrañará que esta caracterización haya sido enormemente controvertida por la doctrina. Nos detendremos con brevedad en algunas de las distintas posiciones manifestadas.

Entre los favorables a la naturaleza militar del Instituto, *Morales Villanueva* (124), tras recordar que los «*Carabinieri*» en Italia, la Gendarmería en Francia y la Guardia Nacional en Portugal son cuerpos militares, justifica la naturaleza militar de la Benemérita en el hecho de que se le puedan confiar misiones de carácter militar; de ahí se deduce inequívocamente que la Guardia Civil tiene que ser militar.

Para *Rojas Caro* (125), el carácter castrense del Instituto ya parecía deducirse del Art. 38 de la Ley Orgánica 6/1980, si bien, tras la Ley Orgánica 2/1986, queda claro que la Guardia Civil tiene permanentemente carácter militar, algo que el autor enjuicia positivamente.

Por último, para *Cano Hevia* (126), la Guardia Civil es un Cuerpo militar por tradición constitutiva y porque en caso de guerra ha desempeñado siempre un papel militar.

Desde una óptica bien dispar *Barcelona* (127) cree que el hecho de que la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pretenda poten-

---

(123) DIEGO LÓPEZ GARRIDO: «Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en J. J. *González Encinar* (dir.), «Diccionario del Sistema Político Español», Akal Editor, Madrid, 1984, págs. 358 y sigs.; en concreto, pág. 364.

(124) ANTONIO MORALES VILLANUEVA: «La Guardia Civil en el artículo 8.º de la Constitución», op. cit., págs. 2.792-2.793.

(125) JOSÉ ROJAS CARO: «El fuero procesal de los miembros de la Guardia Civil», en *Revista General de Derecho*, núms. 517-518, octubre-noviembre 1987, págs. 5.739 y sigs.; en concreto, págs. 5.740-5.742,

(126) JUAN CANO HEVIA: «Fuerzas Armadas», op. cit., pág. 357.

(127) JAVIER BARCELONA LLOP: «El régimen jurídico de la policía de seguridad», Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988, págs. 177-178.

ciar al máximo el desempeño por la Guardia Civil de funciones propiamente policiales, en nada obsta, antes bien, casi todo lo contrario, a que se cuestione la conveniencia de mantener un cuerpo de naturaleza militar para el ejercicio de misiones que nada tienen que ver con las propias de las Fuerzas Armadas. Además, dicha circunstancia provoca que la Guardia Civil se sujete a ciertas especialidades de régimen estatutario respecto del Cuerpo Nacional de Policía, suscitándose la duda en torno a si es o no procedente tal diferencia de régimen jurídico entre dos colectivos que asumen conjuntamente el cumplimiento de una idéntica función constitucional. Y el mismo autor, en otro momento (128), considera que sólo si las funciones militares fueran mayoritariamente asignadas al Cuerpo, cabría admitir la global naturaleza militar del mismo, al margen de su integración formal en las Fuerzas Armadas, pues habría ya un fundamento objetivo de su caracterización jurídica. Sin embargo, salvo muy concretas revisiones el ordenamiento jurídico no precisa cuáles son las misiones castrenses que ha de desempeñar la Guardia Civil.

Las reflexiones precedentes nos ponen de relieve posiciones plurales siempre respetables, que se decantan con la bondad de una u otra fórmula, pero que no entran en el fondo del problema: ¿es constitucionalmente posible la caracterización militar de la Guardia Civil?

*López Ramón* sí se ha adentrado en esta problemática (129). A su juicio, de la limitación dimanante del Art. 8.º.1 de la Constitución: los Cuerpos de Seguridad (ni tan siquiera los sometidos a disciplina militar) no pueden pertenecer a las Fuerzas Armadas, derivan dos efectos concretos: 1.º el de apartar a esos Cuerpos de Seguridad de la escala ordinaria del mando militar, es decir, situarlos más directamente bajo la dependencia de las autoridades civiles, y 2.º el efecto de impedir el ejercicio por estos Cuerpos de funciones correspondientes a las Fuerzas Armadas.

En el primer sentido, *López Ramón* cree que nada hay que oponer al carácter militar de la Guardia Civil. El extremo que, sin embargo, suscita extrañeza es la posible encomienda a la Benemérita de «misiones de carácter militar», es decir, de misiones correspondientes a las Fuerzas Armadas. En realidad, siempre a juicio del citado autor (130), el alcance de las misiones militares de la Guardia Civil no deja de ser una incógnita

---

(128) JAVIER BARCELONA LLOP: «Sobre las funciones y organización de las Fuerzas de Seguridad...», op. cit. pág. 18

(129) FERNANDO LÓPEZ RAMÓN: «La caracterización jurídica...», op., cit., pág. 315.

(130) *Ibíd.*, pág. 316.

no precisada directamente ni en la Ley Orgánica 6/1980, ni en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Para *López Ramón*, pues, el posible conflicto constitucional no vendría dado por la calificación de la Guardia Civil como «Instituto armado de naturaleza militar», sino por la asignación a tal Cuerpo de misiones de carácter castrense, circunstancia que casaría mal con la inequívoca delimitación constitucional de funciones entre las Fuerzas Armadas y la Policía.

Los juicios críticos de los dos autores inmediatamente anteriores son por entero divergentes; en efecto, mientras *Barcelona* viene a entender que si la mayor parte de las funciones del Instituto fuesen militares, se justificaría su caracterización como «Instituto armado de naturaleza militar», admitiendo de esta forma al menos implícitamente la legitimidad constitucional de la asunción de misiones castrenses por la Benemérita, *López Ramón*, por el contrario cree que lo que choca con la Norma suprema es precisamente esta atribución de misiones castrenses a un Instituto policial como es la Guardia Civil.

A nuestro entender, el análisis constitucional del problema debe partir de la cuestión de si es conforme a la Norma suprema que el legislador, en sede orgánica, caracterice a un Cuerpo policial, como es la Guardia Civil, como «Instituto armado de naturaleza militar». Como ha dicho el Juez de la Constitución (131), cuando el legislador configura la Guardia Civil de tal forma y cuando reiteradamente insiste en dicha naturaleza, hay que entender que ésta constituye su rasgo característico y definitorio, y el «*prius*» lógico del que derivan no sólo sus posibles y circunstanciales misiones militares sino principalmente los datos permanentes u ordinarios de su régimen jurídico, a saber: la estructura jerárquica, la organización y el régimen disciplinario.

La Constitución, como el Alto Tribunal ha reiterado en numerosas oportunidades, es un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. En sintonía con ello, y por lo que ahora importa, es evidente que a la vista de nuestra «*Lex superior*» son constitucionalmente posibles varias configuraciones de la Guardia Civil, como el propio Tribunal reconoce (132).

---

(131) STC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 3.º, in fine.

(132) *Ibidem*, fund. jur. 2.º.

La Constitución no define, ni tan siquiera menciona a la Guardia Civil, y es claro que el silencio siempre es más permisivo que cualquier definición. Y como el Alto Tribunal ha significado una vez más (133), de la no mención de la Guardia Civil por el Art. 8.º.1 de la Constitución no se sigue que el legislador tenga vedado por la misma atribuir «naturaleza militar» al citado Instituto, sino, por el contrario, el reconocimiento de un ámbito de disponibilidad del legislador en orden a la definición y configuración de la Guardia Civil. Pero es que, además, como ya tuvimos oportunidad de reseñar, la Constitución no configura las instituciones acogidas por los artículos 8 y 104 como dos bloques institucionales rígido e incommunicables.

Consecuentemente con todo lo expuesto, parece claro el requerimiento constitucional de que el legislador no incluyera a la Benemérita dentro de las Fuerzas Armadas, pero también se nos antoja inequívoco que la misma Constitución no le impedía caracterizar al citado Instituto en los términos como el legislador lo ha hecho, con la subsiguiente consecuencia de dotarle de un régimen estatutario peculiar, diferenciado del propio de otros Cuerpos de Seguridad. A ello coadyuvaban visiblemente las determinaciones del Art. 28.1 y del Art. 29.2 de la propia Norma suprema.

Y es innecesario decir, que la definición de la Guardia Civil como «Instituto armado de naturaleza militar» no supone la inclusión del mencionado Cuerpo en las Fuerzas Armadas en sentido estricto como el propio Tribunal Supremo tuvo oportunidad de señalar (134).

En cuanto a la asignación de misiones de carácter militar no creemos que entrañe conculcación constitucional alguna. En primer término, por cuanto que se trata, llegado el caso, de misiones circunstanciales. Como se afirma en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986, «la Guardia Civil, como Cuerpo de Seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policíales, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo». Y en segundo lugar, y a partir del presupuesto anterior, porque la separación entre Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad, como reconociera el Tribunal Constitucional, no es una separación tan rígida que convierta a unas y otras en instituciones incommunicables, por lo que, a nuestro juicio no ha de entenderse violentada la Constitución por el

---

(133) *Ibidem*, fund. jur. 3.º.

(134) STS de 15 de diciembre de 1988 (Sala de lo Militar). Aranzadi, marginal núm. 10.347.

mero hecho de que, en ciertas circunstancias más bien un tanto excepcionales, esto es, no de modo común o generalizado la Guardia Civil pueda asumir el cumplimiento de alguna misión militar.

Ciertamente, el alcance de tales misiones no deja de constituir una incógnita que, desde luego, debiera precisarse y aclararse (135), pero ello no obsta lo más mínimo a las reflexiones antes vertidas (136).

7.- De la caracterización jurídica que el legislador ha dado a la Guardia Civil se derivan una serie de consecuencias que el propio legislador extrae en la norma que básicamente nos ocupa (la Ley Orgánica 2/1986) o en otras. Nos referiremos a continuación a tales consecuencias:

1.º) La estructura jerárquica del Cuerpo según los diferentes empleos, de conformidad con su naturaleza castrense (Art. 13.1 L.O. 2/1986). El Tribunal Constitucional ha reconocido en distintas Sentencias (137) que no es contraria a la Norma suprema la atribución a la Guardia Civil de un régimen militar en materia organizativa.

El régimen de personal de la Guardia Civil se establece de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986 si bien también se basa en la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (Art. 4.º.1 de la propia Ley 17/1989). Sin embargo, a fin de completar las disposiciones tanto de la Ley Orgánica 2/1986 como de la Ley 17/1989, que, desde distintas perspectivas, proyectan su eficacia sobre el personal del Cuerpo de la Guardia Civil, el legislador ha procedido a aprobar una norma legal específica: la Ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

Pese a que los guardias civiles se rijan, en lo que a la organización del Cuerpo se refiere, por normas propias de las Fuerzas Armadas (aunque, como acabamos de ver, complementadas por otras normas específicas), lo cierto es que no se puede considerar que los miembros de la Benemérita y los de las Fuerzas Armadas pertenezcan a Cuerpos o categorías funcio-

---

(135) En su edición del día 31 de marzo de 1997, el diario «El País» informaba de que el Gobierno preparaba un Decreto sobre misiones militares de la Guardia Civil.

(136) El Art. 1.º.3 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, dispone que en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, la Guardia Civil contribuye a prestar ese servicio del Estado a la comunidad que es la función militar.

(137) Es el caso por ejemplo de la STC 106/1992 de 1 de julio, fund. jur. 2.º

nariales idénticas. Bien al contrario, como el propio Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de significar (138), resulta evidente que los miembros de la Guardia Civil y los de las Fuerzas Armadas pertenecen a Cuerpos o categorías funcionariales configuradas como estructuras diferenciadas y definidas con características propias. Podrá haber en ellos rasgos comunes, como los relativos, por ejemplo, a la denominación de sus empleos, pero ese paralelismo, cuando existen, es un dato fáctico que no implica en modo alguno una igualdad jurídicamente definida.

2.º) La sujeción de sus miembros, a efectos disciplinarios a una normativa específica, siendo de reseñar al efecto que el Art. 5.º de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, incluía entra las autoridades facultades para sancionar por vía disciplinaria en las Fuerzas Armadas al Director General de la Guardia Civil, siguiendo con ello una añeja pauta legal por virtud de la cual, desde 1890, el régimen disciplinario de los miembros de la Benemérita fue el mismo que el de los integrantes de los Ejércitos.

En su Sentencia 194/1989, el Juez de la Constitución reiteraría una consolidada doctrina (139) de acuerdo con la cual, se ha de contemplar como ajustado a la Constitución que la Ley pueda sujetar a la disciplina militar a los Institutos armados o a otros Cuerpos, por lo que no puede afirmarse que la aplicación del régimen disciplinario sancionador de carácter militar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sea contraria a la Constitución (140). La procedencia de aplicar o no este régimen se convertía, pues, en un problema de mera legalidad. Ya nos referimos muy críticamente a esta doctrina en un momento anterior por lo que no insistiremos en nuestra crítica.

Sin embargo, en la misma Sentencia, el Alto Tribunal requería con claridad e insistencia manifiestas al legislador para que procediera a elaborar una específica normativa disciplinaria para la Guardia Civil con sus singularidades específicas, pues esta obligación del legislador, dirá el Tribunal, «no puede quedar indefinidamente incumplida, dando pie para una aplicación transitoria pero también indefinida, del régimen disciplinario militar». «El legislador —concluirá el Alto Tribunal— debe ser fiel a su propósito zanjando de una vez por todas indefiniciones legislativas sobre la especifi-

---

(138) SSTC 236/1994, de 20 de julio, fund. jur. 3.º, y 237/1994, de 20 de julio, en la que se reitera la misma doctrina.

(139) Se inicia esta doctrina con la STC 31/1985, de 5 de marzo, fund. jur. 5.º, b/.

(140) STC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 4.º.

cidad a estos efectos de la Guardia Civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y remisión» (141).

Señalemos que, finalmente el legislador era sensible al requerimiento del Alto Tribunal, procediendo a aprobar la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, norma legal que, como se ha destacado (142), recabó tras de sí un amplio consenso, y con la que, de manera sintética, se puede afirmar que se intenta proteger la disciplina y el acervo histórico y actual que ha ido modelando la idiosincrasia propia y peculiar de la Institución (143).

3.º) La dependencia funcional del Ministro de Defensa en cuanto atañe a las misiones de carácter militar que se le encomienden a la Guardia Civil de acuerdo con el ordenamiento, por lo demás, único ámbito funcional en el que el citado Instituto tendrá la consideración de «fuerza armada» (Art. 7.º 3 de la Ley Orgánica 2/1986) y con las consecuencias jurídico-penales que de ello derivan a la vista de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.

4.º) La aplicación subsidiaria del ordenamiento militar en relación con el régimen estatutario de la Guardia Civil, régimen que, a tenor del Art. 13.2 de la Ley Orgánica 2/1986, será «el establecido en la presente Ley, en las normas que la desarrollan y en el ordenamiento militar». Esta última alusión al «ordenamiento militar» ha sido severamente enjuiciada por *López Garrido* (144), para quien se trata de una expresión nítidamente inconstitucional, pues no hay un derecho militar paralelo y autónomo respecto del ordenamiento jurídico general. No creemos en modo alguno tan perniciosa dicha expresión, con la que, desde luego, no pensamos se haya querido significar la existencia de algo inexistente como sería el caso de un orden jurídico autónomo, es decir, desvinculado del ordenamiento jurídico general.

Por lo demás, como bien apunta *Barcelona* (145), la aplicabilidad a la Guardia Civil de la normativa militar no es algo fatal o inevitable. De

---

(141) Esta doctrina sería reiterada, entre otras varias, por la STC 44/1991, de 25 de febrero, fund. jur. 3.º.

(142) ANTONIO MILLÁN GARRIDO, en la «Introducción» a su propia obra «Régimen disciplinario de la Guardia Civil», Editorial Trotta, Madrid, 1992, pág. 30.

(143) ANTONIO MORALES VILLANUEVA: «Disposiciones generales. Comentario al artículo 1.º de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil», en *José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto* (coord.), «Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil», op. cit. pág. 33.

(144) DIEGO LÓPEZ GARRIDO: «El aparato policial en España», op. cit., pág. 14.

(145) JAVIER BARCELONA LLOP: «Policía y Constitución», op. cit. pág. 53

hecho, el Art. 15.1 de la Ley Orgánica 12/1986, entre otros, habla de una normativa específica al aludir al régimen disciplinario de la Guardia Civil, como ya tuvimos oportunidad de ver. Y el Art. 4.º.3 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, también alude a esa normación específica, bien que, ciertamente, después de precisar que los miembros de la Guardia Civil, por su condición de militares, están sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, como también a las leyes penales y disciplinarias castrenses, siendo de notar al efectos en sintonía con lo ya expuesto la falta de vigencia de esta última precisión en cuanto que, desde 1991, la Guardia Civil se rige por su propia normativa disciplinaria.

5.º) El régimen de derechos y obligaciones de los integrantes de la Benemérita es el mismo que el del personal de las Fuerzas Armadas. Así se subraya, por ejemplo en la Exposición de Motivos de la Ley 28/1984, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Sin embargo, la Ley Orgánica 2/1986 ha querido precisar *«per se»* un tema harto conflictivo, el relativo al ejercicio de determinados derechos políticos y sindicales. A tenor de su Art. 15.2: «Los miembros de la Guardia Civil no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos ni hacer peticiones colectivas; individualmente podrán ejercer el derecho de petición en los términos establecidos en su legislación específica».

No es necesario indicar que ha sido la privación del derecho de sindicación el tema más conflictivo en relación con la Benemérita. Como dijera *Ghera* (146), la sindicalización de las fuerzas policiales encuentra un obstáculo, al menos formalmente, insuperable en la militarización de los cuerpos policiales (147). El problema en cuestión, como el mismo autor señala en otro momento (148), se presenta *«complesso e ricco di sfaccettature polítiche prima che giuridiche»*.

La interdicción por la Ley del ejercicio del derecho de sindicación de

---

(146) EDOARDO GHERA: «Libertà sindacale e ordinamento dalla polizia», en «Giurisprudenza Costituzionale», 1976 (parte primera), págs. 656 y sigs.; en concreto, pág. 667.

(147) También *MORALES VILLANUEVA* cree que, tal como están concebidos y desarrollados los actuales sindicatos, sus pretensiones y planteamientos chocan frontalmente con un cuerpo de naturaleza militar. *Antonio Morales Villanueva*: «Limitaciones de las libertades de asociación y sindicación de los miembros de la Guardia Civil», en el colectivo, «Derecho Penal y Procesal Militar», C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 15 y sigs.; en concreto, pág. 65.

(148) EDOARDO GHERA: «Libertà sindacale...», op. cit., pág. 687.

los miembros de la Guardia Civil no es sino una opción política entre las varias posibles, que a nuestro juicio ha de ser valorada positivamente en cuanto que, a su través, se tratan de salvaguardar otros bienes constitucionales. Por lo demás, esta opción presenta una clara cobertura constitucional en el Art. 28.1, aunque no falten autores que, como *Pérez Royo*, entiendan que el legislador no puede prescindir de los artículos 8 y 104 a la hora de desarrollar el Art. 28, y por lo mismo, no puede proceder a una equiparación de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos de Seguridad siquiera a los solos efectos del ejercicio del derecho de sindicación.

No creemos en modo alguno que tan poco ponderada interpretación pueda mantenerse, pues la misma se asienta en una ultrarígida separación de los artículos 8 y 104 que, además, ignora la libertad de configuración en la materia que el Art. 28.1 otorga al legislador para limitar o exceptuar, a su libre arbitrio, el ejercicio del derecho de sindicación libre de los miembros de las Fuerzas o Institutos armados. La opción constitucional es tan nítida que nos libera de cualquier otro comentario.

6.º) La atribución a la jurisdicción militar de la competencia para conocer se los recursos interpuestos contra las sanciones disciplinarias impuestas a miembros de la Benemérita. A tenor del Art. 65.2 de la Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, contra las resoluciones adoptadas en recursos de alzada (interpuestos a su vez contra resoluciones por las que se imponga una sanción por falta grave o muy grave), que ponen fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar ordinario, en la forma y en los plazos previstos en el título IV del libro cuarto de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, siendo, pues, competente al efecto la jurisdicción castrense.

Esta competencia, con criterio en exceso apasionado, ha llegado a ser calificada por algún autor (149) como de esquizofrenia jurídica. Con mayor ponderación y rigor, el Juez de la Constitución ha entendido (150) que las sanciones disciplinarias impuestas a un Guardia Civil sólo son revisables por la jurisdicción militar, porque el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordinación, de un Instituto armado de naturaleza militar y estructurado jerárquicamente pertenecen al ámbito de lo estrictamente castrense a que se refiere el Art. 117.5 de nuestra «*Lex superior*».

---

(149) ALFONSO J. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN: «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad...», op. cit., pág. 88.

(150) STC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 5.º.

A su vez, las sanciones disciplinarias impuestas a los miembros del Instituto que afecten a los derechos fundamentales a que se refiere el Art. 53.2 de la Constitución serán impugnables, a través de un recurso contencioso-militar preferente y sumario, ante los órganos competentes de la jurisdicción militar, los cuales, como ha significado el Tribunal Constitucional (151), se configuran como el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia de disciplina militar.

Y a su vez, ya para finalizar, recordemos que es una reiteradísima doctrina constitucional que el conocimiento del «*habeas corpus*» instado a favor de un miembro de la Guardia Civil corresponderá a la jurisdicción militar si la detención tiene como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense (152).

## B) LA COMPLEJIDAD DEL MODELO

1.- El Derecho comparado nos ofrece dos grandes modelos policiales: el modelo unitario o centralista y el modelo complejo o descentralizado.

La aparición de la fuerza pública moderna, liberando al ejército de su función de mantenimiento del orden público, condujo, al menos en Francia, a la supresión de todas las policías locales, en lo que constituyó un inequívoco proceso estatalizador, bien que con el devenir del tiempo se ha producido un claro renacimiento de esas policías municipales. Como señala la doctrina (153), la tradición jacobina de los gobernantes franceses no podía verse satisfecha con una fuerza pública satelizada entre diversos polos o núcleos de autoridad, mucho menos cuando el poder central disponía ya de una gendarmería. Era preciso, pues, conformar una fuerza pública centralizada, estatal, dejando a los Alcaldes la facultad de creación de policías siempre que éstas no dispusieran de competencias comparables a las de la policía estatal.

No debe extrañar por lo dicho que Francia sea quizá el ejemplo paradigmático del modelo policial centralista. Como se ha dichos «l'organisation de la police nationale comme celle de la gendarmerie nationale por-

---

(151) STC 161/19 95, de 7 de noviembre fund. jur. 7.º

(152) SSTC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 5.º; 44/1991, de 25 de febrero, fund. jur. 4.º; 106/1992, de 1 de julio, fund. jur. 2.º; 1/1995, de 10 de enero, fund. jur. 6.º, y 25/1995, de 6 de febrero, fund. jur. 2.º

(153) ANDRÉ DECOQC, JEAN MONTREUIL Y JACQUES BUISSON: «*Le Droit de la Police*», op. cit., págs. 105-106.

(154) *Ibidem*, pág. 106.

tent la marque de la centralisation de l'Administration française» (154). En perfecta coherencia con ello, la policía municipal francesa se presenta como subsidiaria y precaria (155). Italia (156), Portugal y Bélgica (157) suelen citarse, entre otros países, como ejemplos de este mismo modelo.

Por el contrario, en el modelo complejo o descentralizado se acentúa el protagonismo de las policías territoriales en diferentes niveles, con la subsiguiente corresponsabilidad de distintas Administraciones públicas en la salvaguarda de la seguridad pública. Alemania e Inglaterra se ubican dentro de este segundo modelo.

2.- España se ubica dentro de los modelos policiales complejos por cuanto su policía se caracteriza por la coexistencia en ella de cuerpos estatales, autonómicos y locales, y a ellos podrían añadirse incluso aquellas fuerzas policiales de base territorial distinta, así, por ejemplo, las coincidentes con los territorios forales, esto es: el Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Alava y los Cuerpos de Miñones y Miqueletes dependientes de las Diputaciones de Vizcaya y de Guipúzcoa, contemplados por el Art. 17.5 de la Ley Orgánica 3/1979, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, bien que la Ley vasca 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco (158), haya integrado en la «*Ertzaintza*» esos Cuerpos (Art. 24.2), no obstante lo cual, en cada Territorio Histórico existe un servicio de la «*Ertzaintza*» que conserva la denominación tradicional, a modo de Secciones de aquella (159).

El núm. 22 del Art. 148.1 y el núm. 29 del 149.1 de nuestra «*lex supe-*

---

(155) Cfr. al efecto, *ANDRÉ DECOQC* (y otros): «*Le Droit de la Police*», op. cit., págs. 109 y sigs.

(156) Aunque la Constitución italiana, como admite *Volpi* (en «*Costituzione e polizia*» op. cit., págs. 110-111), posibilita una suerte de liberación de la policía estatal de una serie de competencias administrativas que podrían ser asumidas por policías locales, esta posibilidad fue meramente teórica durante largo tiempo pues hubo que esperar al Decreto de la Presidencia de la República núm. 1 de 14 de enero de 1972, para que se posibilitara la transferencia a las Regiones en materia de policía local.

(157) En Bélgica coexisten una fuerza pública estatal, muy centralizada la Gendarmería, con una policía municipal por entero dependiente de los Alcaldes.

(158) Puede verse esta Ley vasca en *GONZALO JAR COUSELO* y *JUAN-LUIS PÉREZ MARTÍN*: «*Legislación sobre Cuerpos de Policía*» (Ámbito estatal, autonómico y municipal), Dykinson, Madrid, 1997, págs. 281 y sigs.

(159) El Tribunal Constitucional se pronunció en favor de la legitimidad constitucional de la opción legislativa del Parlamento Vasco de integrar en el Cuerpo único de la «*Ertzaintza*» a los diversos Cuerpos de la Policía Foral (STC 159/1993, de 6 de mayo, fund. jur. 4.º)

rior», a los que ya hemos tenido oportunidad de referirnos, reflejan la incidencia de la organización territorial del Estado sobre el mantenimiento de la seguridad. La Constitución viene, en alguna medida a descentralizar el mantenimiento de la seguridad pública posibilitando la creación de policías territoriales, bien que, al atribuir al Estado el propio Art.149.1.29 la exclusividad de la competencia sobre aquella materia, a salvo la posible creación de esas policías autónomas, el Juez de la Constitución interpreta (160) que conforme al tenor literal del citado precepto (Art. 149.1.29), la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública no admite más excepción que la que derive de la creación de las policías autónomas (161), a lo que no se oponen aquellas normas estatutarias, como el Art. 17 del Estatuto de Autonomía para el país Vasco, que atribuyen a la Comunidad Autónoma el régimen de la propia policía autónoma para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo.

Con todo, y pese a las precedentes reflexiones jurisprudenciales, la realidad es que, como advierte *Fernández Farreres* (162), la disponibilidad de una policía propia por parte de algunas Comunidades Autónomas matiza por completo la afirmación y calificación que el texto constitucional hace de la materia «seguridad pública» como competencia exclusiva del Estado, pues, como es evidente, alguna competencia en relación a la seguridad pública deberá corresponder a aquellas Comunidades que dispongan de una organización policial cuya función primaria por definición es cuando menos la de garantizar la integridad de las personas y de sus bienes.

Tres niveles se han diferenciado por la doctrina (163) en los Estatutos

---

(160) STC 104/1989, de 8 de junio, fund. jur. 3.º.

(161) En otro momento (STC 117/1984, de 5 de diciembre, fund. jur. 5.º), el Alto Tribunal ha puesto de relieve que el inciso segundo del Art. 149.1.29, en el que se basa la posible creación de policías autónomas, se refiere al aspecto orgánico, es decir, al del servicio disponible para garantizar la seguridad pública (la Policía), no al aspecto material, la seguridad pública, por lo que la existencia de una policía autónoma no modifica la titularidad estatal en materia de seguridad pública.

(162) GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: «Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia de conflictos del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, mayo-agosto 1985, págs. 203 y sigs.; en concreto, págs. 219-220.

(163) JOSÉ MANUEL CASTELLS ARTECHE: «La Policía Autónoma», Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1989, págs. 56-58. Asimismo, y con mayor detenimiento, en «El marco normativo de los Cuerpos de Seguridad Pública desde la vertiente competencial», en *Rafael Gómez-Ferrer* (coord.), «Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí» Civitas, Madrid, 1989, págs. 207 y sigs. en concreto págs. 216-219.

de Autonomía en atención tanto a la regulación que de la función policial y de sus Institutos llevan a cabo, como a la relación que presentan con la Ley Orgánica específicamente prevista por el Art. 149.1.29, como, asimismo, en atención a sus mismos contenidos normativos.

En un primer nivel se situaría el País Vasco y Cataluña, cuyos Estatutos asumen con plenitud las posibilidades que abre la Norma suprema, desarrollando con mayor detalle que las restantes normas estatutarias el régimen de la policía propia (Arts. 17 del Estatuto Vasco y 13 del Estatuto de Cataluña, básicamente). A todo ello habría que añadir el carácter constitutivo que el Estatuto presenta para estas policías autónomas, que surgen con sustento tan sólo en el hecho estatutario, dada la inexistencia en tal momento de la ley orgánica prevista por la Constitución.

En un segundo nivel habrían de situarse las Comunidades Autónomas de Galicia, Andalucía, Valencia, Canarias y Navarra, cuyo primer rasgo en común es la estricta dependencia temporal respecto de la promulgación de la correspondiente Ley Orgánica, cuya emergencia se convierte en el «*prius*» inexcusable para la creación de una policía autónoma propia, expresamente contemplada en las respectivas normas estatutarias. Además, el detalle con que, estatutariamente, se contempla esta policía autónoma es notablemente inferior (Art. 27.1.25 del Estatuto para Galicia; Art. 14 del Estatuto para Andalucía; Art. 36 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; Art. 34 del Estatuto de Canarias, y Art. 51 de la Ley Orgánica 13/1962, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra).

Por último en un tercer nivel se situarían las restantes Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos se limitan a una simple mención de la asunción de las competencias aludidas en el Art. 148.1.22 sin hacer una expresa mención a la posible creación de una policía propia.

3. La Ley Orgánica 2/1986 sigue esta dirección proclive a subrayar la exclusividad de la competencia estatal en la materia «seguridad pública», cuando su norma de apertura (Art. 1.º.1) dispone que: «La seguridad pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación». Sin embargo, de inmediato, el apartado segundo del mismo artículo prescribe que: «Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta Ley». También se reconoce (Art. 1.º.3) a las Corporaciones Locales la participación en el mantenimiento de la seguridad pública «en los términos establecidos en la

Ley reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta Ley». Lógicamente, el mantenimiento de la seguridad pública se ejerce por las distintas Administraciones públicas implicadas en tal función a través de sus respectivas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es de las dependientes del Gobierno de la Nación, de las Comunidades Autónomas, y de las Corporaciones Locales.

Varios son los regímenes que la Ley Orgánica 2/1986 ha establecido para las diferentes Policías autónomas:

a) El primero de ellos atañe a las Policías autónomas del País Vasco, Cataluña y Navarra. A ellas se refieren, en términos similares, las Disposiciones Finales primera, segunda y tercera de la Ley. Sustancialmente, establecen tales normas que las respectivas Policías autónomas se regirán por sus propias normas estatutarias, siéndoles de aplicación los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Ley, que contienen los principios básicos de actuación.

Bien es verdad que estas Disposiciones Finales establecen, adicionalmente algunos otros matices, al disponer la aplicación directa para la Policía autónoma de Cataluña de los Art. 38, 43 y 46 de la Ley, y la de los Art.s. 43 y 46 para la Policía Foral de Navarra, a la que también podrán ser de aplicación, si así se establece en la normativa propia de la Comunidad Foral, los artículos 38 y 39 de la Ley.

b) El segundo viene referido (Art. 37.1 de la L.O. 2/1986) a aquellas Comunidades en cuyos Estatutos esté prevista la posibilidad de creación de Cuerpos de Policía propios y efectivamente los creen. El Art. 38 enumera las funciones que a través de sus Cuerpos policiales podrán ejercer estas Comunidades, funciones que podrán tener carácter propio, ejercerse en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o prestarse simultánea e indiferenciadamente con ellas.

c) El tercero de estos regímenes se refiere (Art. 37.2) a las Comunidades que habiendo asumido estatutariamente la competencia para la creación de Cuerpos policiales propios, no procedieran a hacer uso de la misma. De acuerdo con el Art. 47 de la misma Ley, estas Comunidades podrán solicitar del Gobierno de la Nación para el ejercicio de las funciones a que se refiere el Art. 38 (aquéllas a las que aludíamos en el apartado inmediatamente anterior), la adscripción de Unidades del Cuerpo Nacional de Policía, pudiendo asimismo ejercer las funciones enunciadas en el Art. 39 de la Ley (básicamente, la coordinación de la actuación de las Policías locales en el ámbito territorial de la Comunidad).

d) El último de los regímenes previstos (Art. 37.3) tiene como destinatarias a aquellas Comunidades cuyos Estatutos no prevean la creación de Cuerpos de Policía, no obstante lo cual, estas Comunidades también podrán ejercer las funciones de vigilancia y protección a que se refiere el Art. 148.1.22 de la Constitución mediante la firma de acuerdos de cooperación específica con el Estado.

4.- El Art. 148.1.22 es, como hemos tenido numerosas oportunidades de separar, el punto de partida, a nivel constitucional, para la existencia de Policías locales.

Es sabido que la garantía institucional que protege a la autonomía local no conlleva ningún contenido competencial predeterminado, si bien, resulta evidente que la referencia constitucional a «las policías locales» no ha de dejar de tener ciertas consecuencias. Como advierte la doctrina (164), de tal mención constitucional debe extraerse, ante todo que la concreción normativa del contenido de la autonomía municipal ha de tener en cuenta la disponibilidad competencial de los entes locales sobre la seguridad pública, al menos en ciertos niveles. La determinación de cuáles sean éstos pasa por aplicar un criterio de racionalidad conducente a precisar qué características han de poseer los municipios para que puedan disponer de cuerpos de policía propios

A la vista igualmente del tenor del Art. 148.1.22 parece que en el diseño del régimen jurídico de las policías locales habrán de converger las Comunidades Autónomas que, entre otras, asumen la competencia de dictar las normas conducentes a la coordinación de estas policías, y el Estado, que, desde luego, como ha significado el Juez de la Constitución (165), no goza de una libertad absoluta de configuración de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre Policías locales, y cuya intervención normativa se habrá de canalizar tanto a través de la Ley Orgánica a que se alude en el propio precepto constitucional, como por intermedio de la legislación sobre Régimen Local.

La Ley Orgánica 2/1986 dedica uno de sus títulos (el quinto) a las Policías locales, caracterizándolas como Institutos armados de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizadas, rigiéndose, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales que la propia Ley esta-

---

(164) JAVIER BARCELONA LLOP: «El régimen jurídico de la policía de seguridad», op. cit., pág. 187.

(165) STC 49/1993, de 11 de febrero, fund. jur. 2.º.

blece, con la adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y los Reglamentos específicos para cada Cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos (Art. 52.1)

Los Municipios son habilitados (Art. 51.1) para la creación de Cuerpos policiales propios, de acuerdo lógicamente con las previsiones de la misma Ley, de la Ley de Bases de Régimen Local y de la legislación autonómica. Conviene, sin embargo, precisar que, como dice *Lliset* (166), el reconocimiento en exclusiva a los Municipios que hace el Art. 51.1 no debe interpretarse como una norma excluyente de los demás entes locales, sino como refuerzo de la ineludible y preferente competencia municipal (167). Por lo demás, resulta evidente que cuando la Ley utiliza (como hace en el Art. 1.º 3, al que ya nos referimos) la expresión «Corporaciones Locales», se refiere no sólo a las Corporaciones municipales, sino a las restantes Corporaciones públicas territoriales.

A tenor de la Disposición Transitoria cuarta (núm. 1) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en tanto se aprueben las normas estatutarias de los Cuerpos de Policía local, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y en la Ley Orgánica 2/1986, la Policía local sólo existirá en los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, salvo que el Ministerio de Administración Territorial (hoy Ministerio de Administraciones Públicas) autorice su creación en los de censo inferior. Donde no existan esos Cuerpos de Policía local, su misión se llevará a cabo por los auxiliares de la Policía local.

Los Cuerpos de policías locales sólo podrán actuar en el ámbito del territorial del Municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las autoridades competentes (Art. 51.3 L. O 2/1986).

---

(166) FRANCISCO LLISET BORRELL: «Los cuerpos de policía provincial», en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 65, enero-marzo 1990, págs. 101 y siqs.; en concreto, pág. 102.

(167) Para LÓPEZ NIETO, quizá por la propia importancia de la Policía municipal, la policía no estatal más importante, no sólo por sus facultades sino también por el extenso número de sus miembros (afirmación que hoy creemos habría que matizar a la vista de la trascendencia de alguna policía autónoma), la Ley Orgánica 2/1986, cuando se ocupa de las Policías locales, parece estar pensando siempre en los Ayuntamientos y en las policías municipales. FRANCISCO LÓPEZ NIETO Y MALLO: «La Policía Municipal», Publicaciones Abella, Madrid, 1986, págs, 20.21.

A fin de garantizar la coordinación de la Policía local con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que actúen en su ámbito territorial, podrá constituirse una Junta Local de Seguridad (Art. 54.1), cuya presidencia corresponderá al Alcalde, salvo que concurriera a sus sesiones el Delegado o Subdelegado del Gobierno (en la Ley se alude al Gobernador Civil), en cuyo caso la presidencia será compartida con éste. La Junta es el Organismo competente para establecer las formas y procedimientos de colaboración entre unas y otras Fuerzas policiales.

5. No podemos finalizar sin hacer una muy somera referencia a la Policía judicial, objeto del Art. 126 de la Constitución, cuya existencia aporta un argumento más en pro de la proclamada complejidad de nuestro modelo policial.

La separación entre policía administrativa y policía judicial se remonta muy allá en el tiempo. Ya en el Código del 3 de Brumario del año IV se contemplaba (Arts. 16 a 20) esa división, encomendando a la policía administrativa el mantenimiento del orden público, encaminando su actuación principalmente a la prevención de los delitos, mientras que a la policía judicial se le asignaba la investigación de los delitos que la policía administrativa no había podido impedir.

Este criterio de diferenciación se ha mantenido casi inmutable a lo largo del tiempo. *Hauriou*, a principios de siglo, lo sintetizaría con precisión (168) al señalar que «la Police administrative a pour but de maintenir l'ordre public» mientras que «la police judiciaire a pour but la recherche des délits et infractions» (169).

La diferenciación conceptual entre una y otra policía ha estado consistentemente muy clara pero lo cierto es que la misma no se ha traducido en la creación propiamente dicha de un cuerpo de policía judicial dependiente de la autoridad judicial, lo que, como indica *Zagrebel'sky* (170), entre otras virtualidades, otorgaría a tal autoridad la posibilidad de dirigir una política propia en la represión penal.

---

(168) MAURICE HAURIOU: «Précis de Droit Administratif et de Droit Public», 8.ª ed., Recueil Sirey, París, 1914, pág. 517.

(169) Muy similares serían los posicionamientos de toda la doctrina. Valga al efecto con recordar, entre la doctrina italiana, a *O. RENALLETU*: «La polizia di sicurezza», op. cit., págs. 284-285, y entre la española, a *VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES*: «Curso de Derecho Administrativo», establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903, págs. 258 y 261.

(170) VLADIMIRO ZAGREBELSKY: «Magistratura e Polizia Giudiziaria», en *Politica del Diritto*, año 8, núm. 3, junio 1997, págs. 229 y sigs.; en concreto, pág. 249

No faltan, por supuesto, opiniones críticas frente a la diferenciación entre ambas policías (administrativa y judicial), como acontece con *Gleizal* (171), para quien la distinción entre una y otra es frágil en la medida en que la actividad policial tiene una profunda unidad y además, y sobre todo, porque la organización de la policía se halla unificada.

La Policía judicial, como cuerpo dependiente únicamente de las autoridades judiciales y fiscales y entregado en exclusiva a la labor investigadora de las infracciones penales, en rigor, nunca existió en España (172).

Han sido las Constituciones de nuestro tiempo las que han contemplado lo que es ya una conquista cultural plenamente consolidada en el orden teórico (173): que debe existir un sector de las Fuerzas de Seguridad incorporado a la Administración de Justicia y en relación directa de subordinación a los jueces, con objeto de llevar a cabo los trabajos de investigación y otros a que de lugar la persecución de los actos delictivos.

A partir de esta concepción doctrinal y, sobre todo, de la determinación constitucional del Art. 126, la Ley Orgánica 2/1986 completa el régimen regulador de la Policía judicial (ya, de una u otra forma, fragmentariamente acogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Estatuto del Ministerio Fiscal), sentando las bases para la organización de las Unidades de Policía encargadas del ejercicio de dicha función.

Se trata de una Policía especializada en la averiguación del delito y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Las Unidades orgánicas de policía judicial podrán adscribirse, en todo o en parte, por el Ministerio del Interior, oído el consejo General del Poder Judicial, a determinados Juzgados y Tribunales. De igual manera, podrán adscribirse al Ministerio fiscal, oído el Fiscal General del Estado.

## C) LA ADMINISTRATIVIZACIÓN DE LAS FUERZAS POLICIALES

1. La conexión entre Policía y Administración es de todo punto innegable, y no ya porque la Administración haya de organizar un servicio en

---

(171) JEAN JACQUES GLEIZAL: «Le désordre policier», op. cit. págs. 103104.

(172) Cfr. Al efecto, *EMILIO LLERA SUÁREZ BARCENA*: «La Policía Judicial: concepto y competencias», en el colectivo, «Policía y Sociedad» (Dirección General de la Policía), Ministerio del Interior, Madrid, 1989, págs. 129 y sigs.

(173) PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ Y CLAUDIO MOVILLA ALVAREZ: «El Poder Judicial», Tecnos, Madrid, 1986, pág. 404.

orden a satisfacer esa visión del Gobierno a que aludiera *Posada* (174), quien desde una perspectiva jurídica y desde luego dinámica, lo consideraría como un sistema de servicios exigidos, en Derecho, por las necesidades de la solidaridad social, hallándose entre esos servicios, indiscutiblemente, el de salvaguarda de la seguridad, sino, lisa y llanamente, porque el mantenimiento de la seguridad, por su propia naturaleza, es en realidad una función administrativa, estrictamente administrativa.

La policía, en cuanto actividad discrecional de prevención, ha tenido siempre, afirma *Zanobini* (175), el carácter de una actividad administrativa; en sí mismo, no deja de ser un pleonasma calificarla como «policía administrativa» (176).

Un rasgo verdaderamente determinante en la consolidación de la idea del Estado será, sin duda, el monopolio por el poder público del uso de la violencia legítima, monopolio que no siempre tuvo, y no sólo porque durante largo tiempo cada individuo provenía a su propia defensa, sino porque, posteriormente, la función policial, como recuerda *Fernández de Velasco* (177), tendría carácter municipal. Ello acontecería en el momento en que las ciudades recobraron su prestigio e influencia, ejercitando los Municipios labores de justicia correccional o de policía.

El Estado constitucional culminará el proceso de centralización en el monopolio de la fuerza legítima, a cuyo efecto la Administración pública tendrá un notable protagonismo que ejercerá por intermedio de las fuerzas policiales.

2. Nuestra Norma suprema refleja muy patentemente esa visión, al ubicar la norma que establece el estatuto de la Policía en aquella parte del marco normativo del Título IV referente a la Administración. El entron-

---

(174) ADOLFO POSADA: «Tratado de Derecho Político», tomo I, 5.ª ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, pág. 508.

(175) GUIDO ZANOBINI: «Corso di Diritto Amministrativo», vol. 5.º, Giuffrè, Milán, 1950, pág. 17.

(176) Se ha hablado incluso de un «sistema de la Administración de la seguridad pública» concepción que se justificaría en la idea de que la seguridad pública como estructura especial, compleja y subjetivizada no agota en sí el ámbito de las personas o de las estructuras a las que competen funciones en materia de orden y seguridad pública. El sistema en cuestión se caracterizaría por una tendencial verticalidad, delineándose en forma piramidal. MARCO DI RAIMONDO: «Il sistema dell'Amministrazione della pubblica sicurezza», CEDAM, Padova, 1984, págs. 219-220

(177) RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO: «La noción de "Policía", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 150, Madrid, 1927, págs. 759 y sigs.; en concreto, págs. 762-763.

que sistemático del Art. 104 en ese bloque constitucional es harto significativo, y su desvinculación del Art. 8.º aún lo es más.

Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad son, por lo tanto, administración civil y así lo ha corroborado el Tribunal Constitucional (178).

Junto a todo ello, el sustento funcional de los Cuerpos policiales, derivado de las específicas misiones que a ellos otorga la Constitución, configura a la policía como un verdadero servicio público. Esta configuración encierra notables consecuencias, entre ellas, la de que ya que las funciones deben condicionar y modelar la estructura (como el fin condiciona a los medios), la organización policial debe adecuarse a los objetivos que la Constitución asigna, reflejando la jerarquía de valores de la misma, en el ámbito de los cuales la libertad ocupa una posición prevalente frente a sus limitaciones y la persona respecto del Estado.

Admitido que la policía es Administración civil, parece necesario poner de relieve que a aquélla le han de ser de aplicación los principios constitucionales relativos a la Administración pública (179).

La Administración sirve con objetividad los intereses generales, como proclama el Art. 103.1 de la Constitución. Pues bien, si la policía en un servicio público ordenado a la colectividad social y a los valores que la misma se ha dado, es evidente que esta idea servicial, que impregna constitucionalmente a la Administración Pública, la aparta, a la Administración como estructura y al personal a sus servicio, de la consecución de móviles particulares ajenos al interés general. Y ello tiene una especialísima trascendencia en el caso de las Fuerzas policiales, pues a través de ellas la Administración hace un uso institucionalizado de la coacción jurídica.

En relación con un principio constitucional tan próximo como el de «imparcialidad de la Administración», que la Constitución italiana proclama en su Art. 97.1 —cuyo trasunto, en nuestra Norma superior, sería el deber de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones que pesa sobre todos los funcionarios públicos, y al que alude el Art. 103.3 CE—, Volpi (180) cree que, en su proyección sobre las fuerzas policiales, debe entenderse en el sentido de que la Policía no puede ser un instrumento de defensa de los privilegios de una clase, ni tan siquiera de la orientación o dirección política del Gobierno de turno, sino que debe enderezar su actuación

---

(178) STC 31/1985, de 5 de marzo, fund. jur. 5.º b/.

(179) En igual sentido se pronuncia JAVIER BERCELONA LLOP: «Policía y Constitución», op. cit. págs. 97 y sigs.

(180) MAURO VOLPI: «Costituzione e polizia», op. cit. pág. 98.

a la tutela de los intereses de la colectividad y de sus miembros contra los ataques de la criminalidad. Por lo demás, añadiríamos nosotros, la Policía ha de operar como un elemento de integración social, no como un factor de disgregación, que es como lo vino haciendo en gran parte de nuestro reciente pasado.

Este interés legítimo de la Administración en su conjunto en servir con objetividad los intereses generales y de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular, en asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público, se traduce en el caso de la policía gubernativa (servicio cuya eficacia se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos, que, en interés de toda la sociedad, tienen por misión impedir) en que conductas de los funcionarios como ciudadanos, esto es, al margen de su función propia, que, tratándose de otro tipo de funcionarios no entrarían dentro del círculo de interés legítimo de la Administración, entren dentro de ese círculo cuando de funcionarios policiales se trata. Y así, a partir de este argumento, el Juez de la Constitución (181) considera que la irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración. Ello refleja que ese carácter servicial en pro de los intereses generales se traduce, entre otros aspectos, en unas específicas, y qué duda cabe que más rigurosas, exigencias para quienes integran estas Fuerzas de Seguridad.

Por otro lado, no queremos dejar de subrayar, en relación con la proyección del principio constitucional de eficacia sobre la actuación de estas Fuerzas de la policía, que esa eficacia no lo ha de ser en ningún caso ni circunstancia a toda costa, cualquiera que fuere el precio a pagar por la misma; bien al contrario, esa eficacia se ha de buscar desde dentro de la legalidad, no en el límite de la misma, aunque sea el límite interior, pues se correrá el peligro de traspasar dicho límite.

La Administración ha de atenerse en su actuación a este criterio de eficacia con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, como es doctrina constitucional harto reiterada (182), lo que significa una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que haya de concretarse el logro de la eficacia.

En cuanto al principio de jerarquía, es casi innecesario decir que en una estructura interna como la propia de la Policía este principio es casi con-

---

(181) STC 234/1991, de 10 de diciembre, fund. jur. 2.º

(182) STC 22/1984, de 17 de febrero, fund. jur. 4.º

tural, presentándose con una notable intensidad. En todo caso, conviene precisar con la doctrina (183) que el relieve del principio jerárquico no debe ser fruto de la sublimación del principio de jerarquía *«per se»*, sino, más exactamente, el resultado de una apreciación objetiva de la trascendencia de la jerarquía para la óptima consecución de los fines de la organización.

Finalmente, en lo que atañe a la coordinación, es tal su importancia en un modelo policial complejo como el nuestro, que la Ley Orgánica 2/1986 le dedica un Título *«ad hoc»*: el Título IV, relativo a la colaboración y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, además de establecer alguna específica previsión en orden a la coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con las policías locales, tal y como ya tuvimos oportunidad de señalar.

La Ley contempla un conjunto de órganos de coordinación con vistas a garantizar la coordinación entre las políticas de seguridad pública del Estado y de las Comunidades Autónomas, a cuyo efecto crea (Art. 48.1) el llamado Consejo de Política de Seguridad.

3. Por mandato constitucional (Art. 106.1 CE) los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

El referido precepto constitucional no ha definido cuáles deban ser los instrumentos procesales que hagan posible el control jurisdiccional, pero ello no obsta para afirmar que los mismos han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas.

A partir de aquí, es una evidencia, casi una obviedad, decir que toda la actividad policial ha de ser necesariamente susceptible de intervención judicial, y a ello no obsta en lo más mínimo la discrecionalidad de que ha de ser dotada (184).

Y es que, como la define *García de Enterría* (185), la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igual-

---

(183) JAVIER BARCELONA LLOP: «Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y cuerpos de seguridad», en *Documentación Administrativa*, núm. 229, enero-marzo 1992, págs. 159 y sigs.; en concreto, pág. 161.

(184) En tal sentido, CHARLES EISENMANN: «Cours de Droit Administratif», 2, París, 1983, págs. 299 y sigs. cit. por ERNESTO PEDRAZ PENALVA: «Algunas reflexiones sobre Policía y Administración de Justicia», en el colectivo «Policía y Sociedad», op. cit., págs. 111-112.

(185) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: «Curso de Derecho Administrativo», Civitas, 4.ª ed., reimpresión, Madrid, 1986, pág. 434.

mente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (por ejemplo, de oportunidad) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.

Bien es verdad que el tema ha sido uno de los más debatidos en la doctrina jurídico-administrativa, hasta el punto de que *Villar Palasí* (186) llegara a considerar la potestad discrecional como el verdadero caballo de Troya del Derecho Administrativo en un Estado de Derecho.

Esta discrecionalidad se presenta con matices más acusados en la actuación policial (187). Aunque la potestad discrecional en modo alguno se ha de confundir con la arbitrariedad, por cuanto, como una vez más advierte *Villar Palasí* (188), la potestad discrecional implica, necesariamente, una adecuación al principio de legalidad a través del: 1.º) ajuste a la ley; 2.º) ajuste a la finalidad de la potestad; 3.º) ajuste a los criterios explícitos o implícitos de la ley, y 4.º) ajuste a los principios generales. Lo cierto, sin embargo, es que esa discrecionalidad no siempre se encauza a través de los postulados legales, propiciando en ocasiones tratos desiguales, cuando no discriminatorios y excesos de poder, de cuyos posibles perniciosos efectos nos dará idea el hecho de la utilización de armas por parte de los funcionarios.

Esta discrecionalidad tan presente en la actuación de las fuerzas policiales ha de ser controlado y, en su caso, establecidas las oportunas responsabilidades que dimanen de una transgresión de sus límites.

El Tribunal Supremo ha consagrado, en relación con este tema, la importante doctrina de que «el margen de libertad decisoria que la discrecionalidad significa ha de estar, en todo caso condicionado por la norma general imperativa del cumplimiento de los fines de la Administración, al servicio del bien común y de respeto al ordenamiento jurídico» (189).

Es evidente que son múltiples los mecanismos de control de las conductas humanas. *Rico*, con buen criterio, ha puesto el acento en la importancia del control interno, esto es, del que la propia policía puede ejercer

---

(186) JOSE LUIS VILLAR PALASÍ: «Apuntes de Derecho Administrativo» (parte general), tomo I, Madrid, 1977, pág. 172.

(187) Cfr. al efecto, JOSE MARIA RICO: «El poder discrecional de la policía y su control», en la obra compilada por el propio autor, «Policía y sociedad democrática», op. cit., págs. 211 y sigs.; en especial, págs. 212-219.

(188) JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ: «Apuntes de Derecho Administrativo», (parte primera), tomo I, op. cit., pág. 175.

(189) STS de 12 de marzo de 1984 (Sala Cuarta). Aranzadi, marginal núm. 1400.

sobre sus miembros (190), pero es patente que en el cumplimiento de sus funciones los policías pueden incurrir en responsabilidad jurídica personal (penal normalmente). Y habrá que depurarla».

El control de toda actuación policial está, por lo general y al margen ya de los otros mecanismos de control antes apuntados, diferido preeminentemente a la jurisdicción penal, siendo absolutamente consecuente con los fundamentos de nuestro sistema constitucional, como bien señala la doctrina (191), que toda actuación policial con incidencia sobre la esfera jurídica de terceros haya de ser objeto de una investigación penal a fin de precisar si esa incidencia se ha producido de manera legítima, esto es, con sujeción a lo que el ordenamiento jurídico dispone y, en particular, a los principios básicos de actuación contenidos en el Art. 5.º de la Ley, Orgánica 2/1986. Concluamos. No empece dicho control Jurisdiccional el reconocimiento de una potestad discrecional, sino que, contrariamente, la confirma.

4.- El Art. 106.2 de nuestra «*Lex superior*» consagra el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, al reconocer a los particulares el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor y siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Posiblemente sea en el campo de la coacción directa donde, como dice Carro (192), más ha costado la plena conquista de este principio (193).

Es sabido que casi en su totalidad, el siglo XIX estuvo dominado por la idea de la radical incompatibilidad entre los conceptos de soberanía y de responsabilidad, lo que extrañaba que una responsabilidad de los perjuicios causados sólo podía imponerse al Estado en virtud de normas muy específicas. En la actividad administrativa policial este rasgo se iba a

---

(190) JOSÉ MARÍA RICO: «El poder discrecional de la policía...» op. cit., págs. 223-232.

(191) JAVIER BARCELONA LLOP: «Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial española», op. cit., pág. 100.

(192) JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: «Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa», en Revista de Administración Pública, núms. 100-102, vol. II, enero-diciembre, 1983, págs. 1.171 y sigs.; en concreto, pág. 1.172.

(193) JAVIER BARCELONA LLOP (en «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», en Documentación Administrativa, núms. 237-238, enero-junio 1994, págs. 333 y sigs.; en concreto pág. 335) significa que hasta 1978, en el Tribunal Supremo, sólo se encuentran tres Sentencias en las que se analiza la responsabilidad derivada de los daños producidos a raíz de servicios policiales.

acentuar extraordinariamente. Quizá, como dice *Gleizal* (194), porque el ejercicio de los poderes de policía se vincula mucho más estrechamente que la mayoría de las restantes actividades administrativas a esa mística de la soberanía del Estado. Por otro lado, con frecuencia se acudía a la consideración de que la policía era llamada a actuar en condiciones particularmente dificultosas, con lo que los servicios policiales no podían ver enervada su actuación con ocasión de futuros recursos judiciales.

*Pisier-Kouchner*, en un meticoloso estudio (195), ha demostrado cómo, en Francia, el principio de responsabilidad objetiva del Estado por el funcionamiento de los servicios policiales no fue admitido sino a principios de siglo para la policía administrativa y apenas en 1952 para la policía judicial.

Durante largos años, el dogma de la infalibilidad del poder público condujo a la jurisdicción administrativa a rechazar indemnizar a las víctimas de las medidas u operaciones policiales. La tesis de la irresponsabilidad del Estado-poder público fue abandonada en 1905 con ocasión de la famosa Sentencia *Tomaso-Grecco* (196)

Pero es que, además, no toda falta cometida por la policía iba a desencadenar esta responsabilidad objetiva del Estado. La jurisprudencia atendería al grado de gravedad, decidiendo que por ciertas actividades, la responsabilidad estatal no podía ser comprometida. A partir de la Sentencia *Tomaso-Grecco*, comenzaría a admitirse esa responsabilidad aunque sólo por faltas graves (197).

Como constata *Ardant* (198), en muchos casos, la exigencia de una falta grave para que se desencadenara la responsabilidad estatal, aseguraba la impunidad de los atentados contra la libertad individual. Ante esta situación, el Consejo de Estado introdujo un importante correctivo a ese principio jurisprudencial de la «exigencia de falta grave». En efecto, desde 1949, siguiendo la opinión del Comisario del Gobierno *Sr. Barbet*, que había significado el cada vez más frecuente uso de sus armas reglamentarias que se ven obligados a hacer los responsables del mantenimiento del orden, el Consejo de Estado entendió que cuando el daño proviene del uso por la

---

(194) JEAN-JACQUES GLEIZAL: «La police nationale» op. cit., pág. 256.

(195) EVELYNE PISIER-KOUCHNER: «La responsabilité de la police», Presses Universitaires de France, París, 1972, pág. 8.

(196) ARRÊT TOMASO-GRECCO, 10 février 1905.

(197) EVELYNE PISIER-KOUCHNER: «La responsabilité...», op. cit., págs. 35-36.

(198) PHILIPPE ARDANT: «La responsabilité de la fonction juridictionnelle», LGDJ, París, 1956, pág. 254.

policía de armas y otros artefactos que comportan riesgos excepcionales para las personas y sus bienes, la responsabilidad del orden público podía ser comprometida aún sin la comisión de falta alguna (199).

De España, quizá sólo añadir que las limitaciones del sistema de responsabilidad administrativa anterior al instaurado a partir de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 excluían prácticamente una indemnización por daños causados por la actuación policial.

Una primera jurisprudencia (STS de 20 de enero de 1892) que propició una interpretación progresiva del Art. 1.902 del Código Civil, en el sentido de afirmar una responsabilidad del Estado por actos propios cuando actuase a través de funcionarios, como recuerda *Carro* (200), pudo cambiar notablemente las cosas, pero dicha jurisprudencia no fue seguida.

Entre la doctrina, quizá había que recordar a *Fernández de Velasco* (201), quien reivindicaría entre nosotros que toda extralimitación policial fuera seguida de la debida responsabilidad, bien que tampoco esta voz aislada tuviera éxito alguno.

Hoy, desde luego, no cabe la más mínima duda de que los daños generados con ocasión de las actuaciones policiales dan lugar a una responsabilidad patrimonial de la Administración. Por si algún resquicio de duda pudiese haber, el Art. 5.º6 de la Ley Orgánica 2/1986, que contempla entre los principios básicos de actuación de las fuerzas policiales, el de responsabilidad, tras establecer la responsabilidad personal y directa por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo los miembros de las Fuerzas de Seguridad, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias, dispone que esa responsabilidad se exigirá «sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas» (202).

---

(199) EVELYNE PISIER-KOUCHNER: «La responsabilité...», op. cit., págs., 52-53.

(200) JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: «Sobre responsabilidad administrativa y coacción directas», op. cit. pág. 1.186.

(201) RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO: «La noción de "policía", op. cit., pág. 770

(202) Ya el Art. 149.18.º CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Ello, como toda la doctrina destacó, entrañaba la existencia de un régimen unitario en lo relativo al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, de las que, como es lógico, podrían depender fuerzas policiales.

El Art. 12.2 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso Autonómico insistiría en este punto al señalar que sería de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas la legislación sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Insistiendo en esta dirección, y en relación con las Entidades locales, el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, prevé que:

## D) EL PECULIAR RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS MIEMBROS DE ESTAS FUERZAS

1.- El Art. 104.2 contempla como uno de los contenidos inexcusables de la Ley Orgánica a la que se remite, los estatutos de las Fuerzas de Seguridad. Basta esa simple referencia constitucional para que haya de entenderse que, a través de ella, el constituyente está manifestando su opción en pro de un estatuto jurídico diferenciado para los funcionarios policiales (203).

El Tribunal Constitucional ha concretado, con cierta precisión, lo que ha de entenderse por «régimen estatutario». Aunque se trata de un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y «*a priori*», cree el Tribunal que ha de considerarse comprendido en dicho régimen, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionarios, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones en que ésta pueda darse, a los derechos, deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas (204).

Las peculiaridades del régimen estatutario de los funcionarios policiales derivan, básicamente, de las trascendentes funciones que han de cumplir para la colectividad social. El eficaz cumplimiento de las mismas requiere de una estructura organizativa jerarquizada que coadyuva asimismo a dotar a este régimen de determinadas particularidades.

Ya hemos tenido oportunidad de ver que dentro de los Cuerpos policiales, la Guardia Civil, por su naturaleza militar, se rige por un estatuto bien diferenciado del de los restantes Cuerpos, que son los que ahora van a ocupar nuestra atención. Estos, aún con un régimen estatutario que ofrece ciertas modulaciones respecto del estatuto común de los restantes fun-

---

«Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa».

A la vista de este complejo normativo, queda bien clara la existencia de un régimen unitario en la responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas.

(203) Así lo ratificaría el Juez de la Constitución en el ATC 66/1987, de 21 de enero, fund. jur. único.

(204) STC 99/1987, de 11 de junio, fund. jur. 3.º, c/.

cionarios públicos, han de regirse, sin embargo en lo sustancial, por las reglas comunes de los funcionarios civiles. Esa debe ser la regla general.

2. En el Derecho comparado, es común la existencia de estatutos jurídicos particulares para quienes integran las Fuerzas de policía, con apoyo, en algunos casos, incluso en las previsiones de la propia Norma suprema.

Este es el caso de la Constitución italiana, cuyo Art. 98, en su tercer párrafo, dispone que se podrán establecer por ley limitaciones al derecho de inscribirse en los partidos políticos para, entre otros, los funcionarios y agentes de policía. Mientras el Art. 39, al contemplar el derecho a la libertad sindical, no prevé ninguna limitación específica para los funcionarios policiales, como tampoco lo hace el Art. 40, que reconoce el derecho de huelga, para remitirse de inmediato a las leyes que lo regulen, que serán las que concreten el modo de su ejercicio.

Existe un cierto acuerdo doctrinal (205) en el sentido de entender que el Art. 39 de la Constitución transalpina impide sacrificar la libre asociación sindical respecto de cualquier colectivo laboral, incluso el de los policiales (206).

Y en cuanto al Art. 98, la proyección de la prohibición de inscripción en partidos hacia el ámbito sindical se entiende que sería del todo arbitraria. La previsión del Art. 98 debe ser interpretada en clave positiva, como sugiere *Corso* (207); con ello se pretendería reforzar el deber de imparcialidad que incumbe a todos los funcionarios públicos deber que en el caso de los funcionarios policiales, hace inexcusable la prohibición de uso partidista de la profesión. Ello respondería al modelo de «policía imparcial» que no puede ser utilizado con fines particulares, sino tan sólo en funciones de defensa institucional.

Por lo que al derecho de huelga se refiere, la Ley núm. 121, de 1981, lo ha excluido taxativamente para quienes pertenezcan a las Fuerzas de Seguridad, prohibiendo no sólo el ejercicio del derecho, sino también todo tipo de acciones sustitutivas del mismo.

En Francia, el agente de la fuerza pública, sea policía o gendarme, aparece ante todo como un agente del poder ejecutivo dotado de un esta-

---

(205) MAURO VOLPI: «Costituzione e potizia», op. cit., págs. 99-100, asimismo, *Guido Corso*: «L'ordine pubblico», op. cit., pág. 61

(206) Para *GHERA*, removido el obstáculo de la militarización, se puede apreciar que hay vía libre a la sindicalización. *Edoardo Ghera*: «Libertà sindacale ...», op. cit., pág. 667.

(207) GUIDO CORSO: «L'ordine pubblico», op. cit., pág. 61.

tuto bien distinto según se trate de miembros de la Gendarmería o de agentes de la Policía Nacional. Ya tuvimos oportunidad de señalar que los gendarmes, a todos los efectos, son militares y gozan, pues, de idéntico estatuto que los miembros de las Fuerzas Armadas.

De conformidad con la Ley núm. 48, de 28 de septiembre de 1948, relativa al estatuto especial del personal de la policía, los funcionarios policiales constituyen una categoría especial de la función pública en razón al carácter particular de sus funciones y de las responsabilidades excepcionales que asumen. Destaquemos tan sólo la importancia del sindicalismo policial, de la que constituye buena prueba el hecho, constatado por *Gleizal* (208), de que los policías se hallen sindicados en torno a un 70 por 100 de sus efectivos globales. De otro lado, también debe señalarse que los policías se hallan sujetos a un régimen disciplinario que presenta menos garantías que el de los restantes servidores públicos. Y además, desde 1948 les está vedado el ejercicio del derecho de huelga. No deja de sorprender la argumentación con que *Gleizal* cree impensable la huelga de los cuerpos policiales: «la grève de la police est impensable parce que les policiers n'assurent pas simplement un service public. Ils maintiennent l'ordre et, dans cette mesure, mettent en jeu la conservation de la société et du pouvoir» (209).

3.- La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el aspecto estatuario, según se afirma en su Preámbulo, configura una organización policial, basada en criterios de profesionalidad y eficacia, a cuyo efecto atribuye una especial importancia a la formación permanente de los funcionarios y a su promoción profesional.

La norma legal regula la práctica totalidad de los aspectos esenciales, integrantes de su estatuto personal (promoción profesional, régimen de trabajo, sindicación, incompatibilidades y responsabilidad), procurando mantener el necesario equilibrio, entre el reconocimiento y respeto de los derechos personales y profesionales y las obligadas limitaciones a que ha de someterse el ejercicio de algunos de dichos derechos, en razón de las especiales características de la función policial.

La ordenación legal es de aplicación a todas las fuerzas policiales, independientemente de que sean estatales, autonómicas o locales, circunstancia que, a nuestro juicio, tiene su pleno sustento constitucional en

---

(208) JEAN-JACQUES GLEIZAL: «Le désordre policier», op. cit. Pág. 95.

(209) *Ibidem*, pág. 94

la interpretación entrelazada de los apartados 29 y 18 del Art. 149.1, lo que da una buena idea de la relevancia que el legislador estatal ha querido otorgar a estas normas estatutarias comunes, trascendencia que aún se acentúa más si cabe si se tiene en cuenta que, como ya hemos señalado en otro momento, las únicas normas de aplicación universal a todas las Fuerzas policiales son las referentes a los principios básicos de actuación del Art. 5.º de la Ley y las disposiciones estatutarias comunes de los artículos 6.º, 7.º y 8.º.

Varias son las disposiciones estatutarias comunes sobre las que vamos a continuación a detenernos:

a) El deber que el Art. 6.º.3 impone a los miembros de todas las Fuerzas de Seguridad, de jurar o prometer acatamiento a la Constitución como norma fundamental del Estado, deber que no se configura como un mero trámite o formalismo, sino como un requisito esencial constitutivo de la condición policial y al mismo tiempo símbolo o emblema de su alta misión, que, como tantas veces hemos repetido, está en la base de la misma constitución de las Fuerzas Policiales.

b) La interdicción en todo caso del ejercicio del derecho de huelga, o de cualquier acción sustitutiva del mismo o concertada con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios. Nuestro legislador sigue aquí casi al pie de la letra la fórmula legal acuñada en Italia, en la ya citada Ley núm. 121, de 1981.

Esta privación del derecho de huelga a los policías se justifica en el Preámbulo de la Ley en aras de los intereses preeminentes que corresponde proteger a los cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada de sus servicios, que no admite interrupción. Partiendo de que el Art. 28.2 de la Constitución no excluye de su campo de aplicación a los funcionarios públicos, el legislador contempla (y a la par justifica) la interdicción del ejercicio de este derecho como una necesidad dimanante del mantenimiento de servicios esenciales de la comunidad, comprendiendo la noción de «servicios esenciales» en atención a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, considerando por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (210). Desde esta óptica, no cabría duda de la esencialidad del servicio público que prestan las fuerzas policiales.

---

(210) STC 148/1993, de 29 de abril, fund. jur. 5.º

c) La Ley no procede, dentro de estas disposiciones comunes, a regular el régimen disciplinario (bien que lo haga en detalle más adelante en relación a la Policía, esto es, el Cuerpo Nacional de Policía), limitándose a señalar (Art. 6.º9) que dicho régimen, sin perjuicio de la observancia de las debidas garantías, estará inspirado en unos principios acordes con la misión fundamental que la Constitución les atribuye y con la estructura y organización jerarquizada y disciplinada propias de los mismos. En cuanto a las garantías, es doctrina constitucional reiterada que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador (211), lo que no debe entenderse en el sentido de que sea posible trasladar en bloque y sin matiz alguno garantías constitucionales extraídas del orden penal al orden disciplinario.

d) En el ejercicio de sus funciones, la Ley considera (Art. 7.º1) a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como agentes de la autoridad, esto es, funcionarios en cuya tarea cotidiana es esencial la idea de ejecutoriedad, esto es, ejecución material de los actos y decisiones adoptados por la autoridad administrativa. Ello no obstante, a los efectos de una mayor protección penal, cuando se atente contra los agentes poniendo en peligro grave su integridad física, tendrán la consideración de autoridad, lo que entraña una sanción superior para el autor o autores del delito.

e) Sometimiento al fuero ordinario, siendo, pues, la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de los delitos que se cometan contra miembros de las Fuerzas de Seguridad, así como de los cometidos por éstos en el ejercicio de sus funciones (Art. 8.º1) (212). La Ley exceptúa de esta regla general los supuestos en que sea competente la jurisdicción militar, supuestos que, como hemos visto, se circunscriben a la Guardia Civil.

Ello no obstante, conviene recordar que en su redacción inicial, la Ley incluía en el Art. 8.1 un segundo párrafo que establecía una suerte de

---

(211) Véase por todas, STC 246/1991, de 19 de diciembre, fund. jur. 2.º.

(212) En sintonía con ello, el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de precisar que queda fuera del «ámbito estrictamente castrense» a que se refiere el Art. 117.5 de la Constitución la revisión en sede judicial de sanciones administrativas impuestas en el seno de organizaciones específicamente excluidas por la Ley de las Fuerzas Armadas. Y añade el Tribunal que el hecho de que se haya recurrido para fijar el régimen disciplinario de las Fuerzas de Policía, a una remisión a las disposiciones del Código de Justicia Militar para regular las faltas, sanciones y procedimiento disciplinario, no tiene por qué suponer una extensión del alcance de la jurisdicción militar a ámbitos que, por ministerio de la Ley, son considerados no específicamente castrenses de forma expresa, como son las Fuerzas de Policía. STC 93/1986, de 7 de julio, fund. jur. 8.º.

«fuero policial». En su esencia, atribuía la competencia para seguir la instrucción y ordenar, en su caso, el procesamiento de los miembros de las Fuerzas de Seguridad por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones a la Audiencia correspondiente. Este párrafo sería declarado inconstitucional y, por tanto, nulo, por el Juez de la Constitución en su Sentencia 55/1990.

Parte el Alto Tribunal (213) de la idea de que un orden constitucional democrático es incompatible con el uso de métodos represivos ilegítimos y por ello mismo exige una protección adecuada del ciudadano frente a peligro de eventuales extralimitaciones. Es por ello por lo que la protección de los medios de actuación de las Fuerzas de la policía no puede suponer un sacrificio de bienes y derechos constitucionales y del propio respeto del Estado de Derecho, ni una limitación efectiva de la posibilidad de verificar judicialmente los abusos o extralimitaciones, por excepcionales que puedan ser, en que eventualmente incurran los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

A partir de esta reflexión básica, entiende el Tribunal que la diferencia de trato que ese supuesto «fuero policial» entraña sólo será aceptable «en la medida en que no ponga en peligro, sino, al contrario, asegure la necesaria conexión de la actuación policial con los valores, principios y derechos constitucionales». Ello significa que ese llamado «filtro de protección» inicialmente contemplado por la Ley sólo sería constitucionalmente legítimo si no supusiera una dificultad o traba para el justiciable, víctima de la eventual extralimitación judicial, o para la acción pública, de manera que pueda entenderse como una medida necesaria «en una sociedad democrática» fundada en una necesidad social imperiosa y proporcionada al fin legítimo perseguido, que ha de ser considerado también a la luz del Art. 104.1.

La consecuencia de esta argumentación es la ya antes adelantada: el Tribunal, considerará que el párrafo en cuestión es inconstitucional, por contrario al derecho a un Juez imparcial, en cuanto que asigna a un mismo órgano judicial la instrucción, procesamiento, conocimiento y fallo de este tipo de delitos.

La doctrina constitucional expuesta es perfectamente suscribible y de modo muy especial en sus reflexiones más generales. Como ha dicho Volpi (214), «stettamente collegato al principio della democraticità è quello della responsabilità degli agenti, ufficiali e funzionari di polizia».

---

(213) STC 55/1990, de 28 de marzo, fund. jur. 5.º

(214) MAURO VOLPI: «Costituzione e polizia», op. cit., pág., 98

Y desde esa misma doctrina general, cobra pleno sentido un fallo de la «*Corte Costituzionale*» italiana (Sentencia núm. 94, de 1963), que en cierto modo aborda un problema de fondo muy similar, aunque no sea idéntico procesalmente al tratado por nuestro Tribunal Constitucional en la referencia Sentencia 55/1990. En el citado fallo, la «*Corte*» italiana declararía la inconstitucionalidad de una norma del Código de Procedimiento Penal que requería de la autorización del Ministro de Justicia para proceder contra los oficiales o agentes de la seguridad pública o de la policía judicial o contra los militares en servicios de seguridad pública por hechos cometidos en servicio y relativos al uso de las armas o de otros medios de coacción física.

4.- La Ley Orgánica 2/1986, dentro del título que regula de modo específico las Fuerzas de Seguridad del Estado (Título II), dedica un capítulo (el cuarto) a la Policía. En sus cuatro secciones (artículos 16 a 28) el legislador sienta los trazos maestros del régimen estatutario del Cuerpo Nacional de Policía, abordando, sucesivamente, su estructura, organización y sistema de acceso; los derechos de representación colectiva; el Consejo de Policía, órgano que viene a conformar como un cauce de expresión, mediación y solución de los conflictos que puedan producirse por razones profesionales, tanto más necesario cuanto que la Ley veda el ejercicio del derecho de huelga, y, finalmente el régimen disciplinario de los policías. Nos detendremos en algún aspecto particular.

A) El Art. 18 de la Ley reconoce a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía el derecho a constituir organizaciones sindicales de ámbito nacional para la defensa de sus intereses profesionales, así como el de afiliarse a las mismas y a participar activamente en ellas en los términos previstos por la propia Ley.

Un amplio sector doctrinal se ha inclinado en pro del reconocimiento sin trabas del derecho de sindicación para los policías. Años antes de la aprobación de la Ley que venimos comentando, *Ballbé* (215) reivindicaba para la profesión policial el reconocimiento del derecho de sindicación como una medida indispensable para romper el esquema del «cuerpo separado» de la sociedad. Ya vigente la Ley Orgánica 2/1986, *Barcelona* (216) consideraba que las peculiaridades del ejercicio del derecho de sin-

---

(215) MANUEL BALLBÉ: «La Policía y la Constitución», op. cit., pág. 95.

(216) JAVIER BARCELONA LLOP: «El régimen jurídico de la policía de seguridad», op. cit., pág. 198.

dicación por los miembros del Cuerpo Nacional de Policía han de ser sustancialmente las mismas que penden sobre el de los demás cuerpos integrados en el sistema español de pensión pública. Sin embargo, la Ley ha optado por lo que la doctrina (217) ha denominado un modelo «segregacionista» de la libertad sindical de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía respecto del resto de los funcionarios públicos.

La Ley establece además (Art. 19) un conjunto de límites sobre el ejercicio del derecho de sindicación y de la acción sindical por parte de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía: respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas; crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; seguridad ciudadana y de los propios funcionarios y garantía del secreto profesional. Constituirán asimismo límite, en la medida que puedan ser vulnerados por el ejercicio del derecho, los principios básicos de actuación del Art. 5.º de la Ley.

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia (218), ha certificado la licitud constitucional de esas limitaciones al ejercicio de la libertad sindical, que se justifican por las especiales características de la función policial y por su carácter de Instituto armado.

Conviene recordar en cualquier caso que, como el propio Tribunal ha tenido ocasión de decir (219), precisamente en relación con el ejercicio del derecho a la libertad sindical de los miembros de la Policía Local, «limitar» la libertad sindical no es excepcionarla, por lo que tal libertad debe contar con una zona de existencia posible en que pueda ser reconocida, lo que presupone, a su vez, la existencia de ciertos contenidos —por mínimos que éstos sean— en que sustanciarse aquella libertad, y entre tales contenidos mínimos, la libertad sindical no se circunscribe tan sólo a la afiliación y constitución de organizaciones sindicales, sino que, además, también alcanza a lo que genéricamente se conoce como acción sindical, dentro de la cual debe situarse el derecho de información y la posibilidad de adoptar medidas de presión sindical siempre que, obviamente, no excedan los límites legalmente establecidos.

B) Un derecho importante «*per se*» y también en orden a canalizar la

---

(217) MARCOS M. FERNANDO PABLO: «Policía y libertad sindical: desarrollo constitucional y desarrollo estatutario», en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 18, mayo-agosto 1987, págs. 25 y sigs.; en concreto, pág. 61.

(218) SSTC 85/1995, de 6 de junio, fund. jur. 5.º; 127/1995, de 25 de julio, fund. jur. 3.º, y, entre otras, 17/1996, de 7 de febrero, fund. jur. 4.º.

(219) STC 273/1994, de 17 de octubre, fund. jur. 4.º.

libertad de acción sindical es el derecho a la libertad de expresión. También en relación con él, el Juez de la Constitución ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones, fijando una doctrina muy reiterada.

A su juicio (220), las altas misiones que el Art.104.1 atribuye a los miembros de las Fuerzas de Seguridad se pondrían en peligro si se considerasen amparadas por el derecho a la libertad de expresión aquellas críticas que fueran vertidas por los mismos sin la necesaria medida para no incurrir en una vulneración del respeto debido a sus superiores ni atentar contra el buen funcionamiento del servicio y de la Institución. Esos límites específicos no excluyen, como ha dicho en otro momento el Tribunal (221), toda libertad de crítica de los integrantes de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad hacia sus superiores jerárquicos en defensa de sus derechos o intereses profesionales sino únicamente aquella que fuese realizada sin la medida necesaria. Y esta doctrina no quiebra ni tan siquiera por la crítica vertida por los representantes sindicales en el ejercicio de su función sindical.

No conviene en ningún caso olvidar la fuerza expansiva de los derechos fundamentales que debe conducir de modo inexcusable a una interpretación restrictiva de los límites de aquéllos (222).

#### E) LOS PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

1. Por mandato constitucional, la Ley a que se refiere el Art. 104.2 había de regular de modo específico los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, esto es, una suerte de código deontológico que había de abarcar tanto los enunciados que rigen la profesión como la conducta de quienes la ejercen.

La necesidad de dotar a la policía de un código moral es universalmente sentida. No en vano los organismos internacionales se han hecho eco de ello en diferentes oportunidades, como revelan la «Declaración

---

(220) STC 270/1994, de 17 de octubre, fund. jur. 4.º.

(221) STC 69/1989, de 20 de abril, fund. jur. 2.º

(222) Recordemos que y mucho antes de la existencia de la Ley Orgánica 2/1986, el Tribunal Supremo tenía oportunidad de afirmar que: «La normativa reguladora del régimen funcional del Cuerpo Superior de Policía (...) no puede ser interpretada de forma tan literal y desorbitada que anule o convierta en ineficaz la factibilidad del ejercicio de un derecho fundamental». STS de 9 de julio de 1981 (Sala 4.ª. Cont. Admtvo), Aranzadi, marginal núm. 3462.

sobre la Policía» adoptada el 8 de mayo de 1979 por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución núm. 690), y el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», aprobado por Resolución 169/34, de 17 de diciembre del mismo año, por la Asamblea General de las Naciones Unidas —que ya en los años sesenta había intentado sin éxito preparar un código deontológico policial—, textos (223) que han sido considerados y atendidos por nuestro legislador para la elaboración de los principios básicos de actuación contemplados por la Ley, como se hace constar de modo expreso en su Preámbulo.

La dimensión ética ha adquirido, como bien dice *Beristain* (224), una resonancia especial en el mundo policial y en la opinión pública respecto a la policía. Y ello se está traduciendo en la elaboración de un conjunto codificado de reglas morales de conducta para la Institución.

Buen ejemplo de lo que acabamos de decir lo encontramos en Francia, en donde por Decreto núm. 86-592, de 18 de marzo de 1986 «portant Code de déontologie de la Police nationale», se ha aprobado un código de esta naturaleza orientado, como afirma *Thomas-Tual* (225), a conferir una nueva imagen a la Policía nacional: la de una policía respetuosa con las libertades reconocidas a los ciudadanos.

El Código francés traza un modelo de funcionamiento policial, según *Thomas-Tual* (226), no muy distante de la actitud, respecto de los ciudadanos, del «buen padre de familia» del derecho civil. Aunque el Código no lo indica de modo expreso, con carácter general, el funcionario no debe atentar al buen nombre de la Policía, tal y como ya había señalado el Consejo de Estado en su decisión «*Ministre de l'Intérieur c. M. Ocelli*», de 13 de junio de 1990.

2.-Entre nosotros, el primer precedente de un conjunto de reglas de esta naturaleza lo hallamos en la Orden del Ministerio del Interior de 30 de septiembre de 1981, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981, sobre principios

---

(223) Cfr. al efecto, *ANTONIO BERISTAIN*: «La institución policial y su articulación con los derechos del ciudadano», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 3, mayo-agosto 1982, págs. 57 y sigs. (en págs 84 a 100 se recogen los textos de ambas Declaraciones).

(224) *Ibidem*, pág. 59.

(225) *BÉATRICE THOMAS-TUAL*: «Le Code de déontologie de la Police nationale: un texte passé inaperçu», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1991, núm. 5. septiembre-octubre 1991, págs. 1.385 y sigs.; en concreto, 1.385.

(226) *Ibidem*, pág. 1.399.

básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (BOE de 2 de octubre de 1981) (227), norma que, con incumplimiento del principio de reserva material de ley del Art. 104.2, abordaba cuestiones referentes no sólo a los principios básicos de actuación sino también al régimen estatutario de los policías, pese a lo cual y a sus «importantes deficiencias», quizá no deba ser juzgada críticamente, como un sector de la doctrina, a quien ha de atribuirse la valoración inmediatamente anterior ha hecho (228). Más bien, entendemos debiera considerársela de modo positivo, al suponer un serio intento, bien que de carácter provisional, hasta tanto se dictara la oportuna norma legal, como expresamente se reconocía en el breve texto que antecedería a su articulado, de reconducir las Fuerzas policiales a los principios, valores y derechos del Código constitucional.

La Ley Orgánica 2/1986 establece los principios básicos de actuación como un verdadero código deontológico que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales, imponiendo, según se afirma en el Preámbulo, el respeto de la Constitución, el servicio permanente a la comunidad, la adecuación entre fines y medios, como criterio orientativo de su actuación, el secreto profesional, el respeto al honor y dignidad de la persona, la subordinación a la autoridad y la responsabilidad en el ejercicio de la función.

Este conjunto principal es elevado a la categoría de eje fundamental en torno al cual gira el desarrollo de las funciones policiales. Su existencia encuentra dos raíces diferenciadas: una, los propios principios constitucionales más generales, como el de legalidad o adecuación al ordenamiento jurídico, y otra, los rasgos estructurales propios de estos Cuerpos, que propician principios como los de jerarquía y subordinación.

De la trascendencia que se ha querido dotar a estos principios nos da idea un único dato: integran un precepto de la Ley (el Art. 5.º) que es de los muy escasos artículos que rige para todo tipo de Fuerzas policiales, esto es, estatales, autonómicas o locales, como por lo demás ya hemos tenido oportunidad de indicar.

---

(227) Puede verse asimismo el texto de esta Orden en ANTONIO BERISTAIN: «La institución policial ...» op. cit., págs. 89-93.

(228) JAVIER BARCELONA LLOP: «Principios básicos de actuación de las fuerzas policiales», en el colectivo, «Policía y Seguridad: análisis jurídico-público», Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1990, págs. 45 y sigs.; en particular, págs. 50-51.

3.- La Ley vertebra los diferentes principios deontológicos que acoge en seis grandes bloques a los que, de modo desde luego un tanto somero, nos referiremos a continuación.

a) El principio de adecuación al ordenamiento jurídico, que, entre otras manifestaciones, se traduce en: el ejercicio de la función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; la absoluta neutralidad política e imparcialidad que debe presidir el cumplimiento de sus funciones; una actuación íntegra y digna, con la abstención y rechazo de todo tipo de corrupción; la sujeción en su actuación a los principios de jerarquía y subordinación, bien que, en ningún caso, la «obediencia debida» pueda amparar la ejecución de actos manifiestamente constitutivos de delito o contrarios a la Constitución o a las leyes y la colaboración y auxilio con la Administración de Justicia.

El apartado d/ del Art. 5.º.1 contempla un tema de notable interés como es la sujeción en la actuación a los principios de jerarquía y subordinación, con la problemática que puede plantear en conexión con aquéllos el principio de «obediencia debida». Como bien se ha dicho (229), se abre aquí un vasto campo en el que los aspectos penales adquieren una evidente notoriedad tanto desde el punto de vista de las causas de justificación como desde la propia tipificación del delito de desobediencia de los funcionarios públicos.

Es sin duda la problemática de la «obediencia debida» la más sugestiva pues la misma no puede amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos delictivos o contrarios a la Constitución y a las leyes. En principio, hay que decir que la obediencia jerárquica se debe traducir en la ejecución leal de las órdenes por los agentes de la autoridad.

Tradicionalmente, el personal policial se ha caracterizado casi universalmente por una de las obediencias jerárquicas más ciegas, como constata *Thomas-Tual* (230). Buen ejemplo de ello lo puede representar la fórmula utilizada en Francia por el Reglamento general de disciplina de los ejércitos del año 1933, que aunque ya derogado, es útil ahora recordar: «Les ordres sont exécutés littéralement, sans hésitations ni murmure. L'autorité qui les donne en est responsable et la réclamation n'est permise au subordonné que lorsqu'il a obéi». Esta formulación del deber de

---

(229) JAVIER BARCELONA LLOP: «Una aproximación al principio de jerarquía...» op. cit., pág. 179.

(230) BÉATRICE THOMAS-TUAL: «Le Code de Déontologie de la Police...» op. cit., pág. 1.402.

obediencia, seguida por las fuerzas policiales, reflejaba de modo sensible el estado de espíritu de tales fuerzas hace poco más de medio siglo.

Hoy, también en Francia, el Código de Justicia Militar, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, prevé límites frente a este deber de obediencia, al igual que acontece en España en la norma legal equivalente. De esta forma, se admite un derecho a rechazar la orden dada cuando ésta sea manifiestamente ilegal o de tal naturaleza que comprometa gravemente el interés público. Como vemos, las similitudes actuales entre los ordenamientos democráticos son bien patentes.

Los límites de la obediencia debida presuponen, como es lógico especialmente en los supuestos que susciten dudas razonables, la carga para el funcionario que ha de materializar la ejecución de la orden dada por su superior, de examinar el contenido de lo ordenado. Es claro que hoy no es de recibo exigir un «ciego acatamiento» a cualquier orden que se pueda recibir.

b) Los principios que han de regir las relaciones con la comunidad que son, singularmente, los siguientes:

1) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral. Cabe aquí recordar algo bien conocido pero no siempre seguido: que la discrecionalidad que asiste a los funcionarios policiales está bien lejos de poder equipararse a la arbitrariedad. «Nunca —ha dicho el Tribunal Supremo (231)— es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario».

2) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, proporcionando en todas sus intervenciones información cumplida y tan amplia como sea posible sobre las causas y finalidad de las mismas.

3) Actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.

Ya en 1974, el Tribunal Supremo (232) tuvo oportunidad de sostener que el uso de la fuerza es necesario cuando no haya otro medio utilizable

---

(231) STS de 28 de mayo de 1980 (Sala 4.ª. Cont. Admtvo), Aranzadi, marginal núm. 2842.

(232) STS de 8 de marzo de 1974 (Sala 2.ª. Crim.), Aranzadi, marginal núm. 1243.

para conseguir los fines propuestos a los que sirve la autoridad. Por tanto la fuerza ha de ser el medio ineludible, necesario e inexorable y proporcionado. Y en sintonía con esta doctrina el mismo Tribunal, en 1980 (233), entendía como necesaria tan sólo aquella acción que fuera racionalmente imprescindible, con la consiguiente limitación implícita de la menor lesividad posible para conseguir el cumplimiento de la función.

Si a este principio, que alude a la congruencia y a la proporcionalidad de la actuación, lo ponemos en conexión con el siguiente, que contempla el empleo de las armas como el último recurso, nos encontramos en presencia de la proporcionalidad «*sensu stricto*», o prohibición del exceso, principio éste de la intervención mínima que, como se ha señalado (234), lo que pretende subrayar es que entre múltiples y posibles medios o medidas, considerados previsiblemente adecuados para conseguir el resultado deseado, hay que optar por los que causen el menor daño o molesten lo menos posible a los destinatarios de las mismas en cuanto individuos particulares, así como a la colectividad, principio que, en realidad, no es sino un trasunto del principio «*favor libertatis*» que ha de impregnar todo el ordenamiento jurídico.

4) Utilizar armas tan sólo en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas otras circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana.

Es obvia la enorme trascendencia del empleo de las armas y el no siempre fácil análisis objetivo de si se dan o no las circunstancias que hacen inexcusable dicho empleo. De ahí las dificultades jurídicas que el tema plantea.

En su jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha intentado desembrozarse algo el problema, a cuyo efecto ha razonado como sigue (235): «el uso de las armas sólo podrá ser medio para el cumplimiento de su función «siempre que sea necesario o racionalmente imprescindible para cumplir la función pública que tienen encomendada, y medio adecuado a las peculiaridades del caso concreto, de modo que cuando estos requisitos (necesidad y adecuación) concurren, los actos lesivos que del uso de la violencia pueden derivar quedan justificados por el cumplimiento del deber y libres de responsabilidad penal».

---

(233) STS de 20 de octubre de 1980 (Sala 2.ª. Crim.), Aranzadi, marginal núm. 3720.

(234) IÑAKI AGIRREAZKENUAGA: «La coacción administrativa directa», op. cit., págs. 382-383.

(235) STS de 19 de diciembre de 1980 (Sala 2.ª. Crim.), Aranzadi, marginal núm.4979

c) Los Principios que han de inspirar el tratamiento de los detenidos, especialmente: la necesidad de identificación de las fuerzas policiales en el momento de la detención; la vigilancia en favor de la vida e integridad física de las personas detenidas o que se encuentren bajo custodia, y el cumplimiento y observancia con la debida diligencia de las formalidades de todo orden jurídicamente exigidas cuando se proceda a la detención.

Si siempre y en todo momento la dignidad humana debe de ser respetada sin merma alguna, pues, en cuanto fuente de todos los derechos, es un valor absoluto (236), en momentos como los de la detención de la persona por las fuerzas policiales, el peligro de vulneración de la dignidad del detenido se acentúa y, consecuentemente, se hace más necesario que nunca una actitud sensible y respetuosa hacia la misma por parte de los funcionarios, que evite todo trato inhumano o degradante. Trato inhumano, a estos efectos, como se desprende de la doctrina constitucional (237), sería todo aquel que acarree un sufrimiento de especial intensidad, mientras que sería degradante el que provocara una humillación o sensación de envilecimiento.

d) Los principios de dedicación profesional, que se concretan en llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo de intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana.

e) principio del secreto profesional, con arreglo al cual deben guardar secreto riguroso respecto a todas las informaciones que conozcan, por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones, no estando obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera.

f) Por último, el principio de responsabilidad que supone que los funcionarios policiales sean responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones públicas por las mismas, a la que ya nos referimos con cierto detalle.

---

(236) Cfr. al respecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español», en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 43, septiembre-diciembre 1995, págs. 49-79.

(237) STC 65/1986, de 22 de mayo, fund. jur. 4.º.

Como señala *Gleizal* (238), la responsabilidad de la Administración y de sus agentes ha ocupado siempre un lugar importante en el ordenamiento jurídico. Y esa responsabilidad es penal, disciplinaria y civil, a la que hará frente el infractor y subsidiariamente el Estado.

## VI. LA DEPENDENCIA GUBERNAMENTAL DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD

Ya a fines del pasado siglo el maestro *Posada* (239) constataba que la función de seguridad venía siendo atribuida universalmente a los Gobiernos. Y otro contemporáneo suyo *Santamaría de Paredes* (240), reiteraba que la misión de ejecutar el Derecho confiere al Poder ejecutivo, entre otras atribuciones, la de mantener de hecho el orden jurídico, ejerciendo la coacción en nombre del Estado y disponiendo, por tanto, de la policía de seguridad y de la fuerza armada.

Y si atendemos al constitucionalismo histórico, habremos de recordar que ya el Art. 170 de la Constitución de Cádiz, tras residenciar la potestad ejecutiva en el Rey, extendía la autoridad de éste «a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior». Pero, en realidad, como precisaba *Salas* (241), el poder ejecutivo debía residir en el Consejo de Ministros, y era al poder ejecutivo al que se le encomendaba todo lo administrativo del Estado

No creemos necesario insistir más. Es un común denominador entre la doctrina clásica, y por supuesto actual, significar la dependencia del Ejecutivo o, con más precisión, del Gobierno, de la fuerza policial. Y es una constante de nuestro constitucionalismo atribuir al Ejecutivo la función de seguridad, de lo que dimana, como corolario lógico la dependencia gubernamental de las Fuerzas llamadas a velar por esa seguridad pública.

No debe extrañar pues, que el Art. 104.1 prevea expresamente la dependencia del Gobierno de la Nación de aquellas Fuerzas policiales a

---

(238) JEAN-JACQUES GLEIZAL: «La Police Nationale», op. cit., pág. 233.

(239) ADOLFO POSADA: «Idea jurídica y legal de la policía de seguridad en el Estado», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 91, Madrid, 1897, págs. 270 y sigs.; en concreto, pág. 271.

(240) VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES: «Curso de Derecho Administrativo», op. cit., pág. 256.

(241) RAMÓN SALAS: «Lecciones de Derecho Público Constitucional», CEC, Madrid, 1982, pág. 114.

que alude tal precepto, que no son otras sino las estatales pues es evidente que las Policías autónomas y locales, constitucionalmente posibles, no dependen del Ejecutivo estatal.

Al Gobierno le corresponde, a la vista de nuestra Norma suprema (Art. 97) el ejercicio de la función ejecutiva y la dirección de la Administración civil del Estado. El Gobierno se presenta así como el órgano de cabecera de una estructura orgánica jerarquizada que es la Administración del Estado, y en cuanto titular de la función ejecutiva, decide acerca de la orientación y contenido que a ella debe darse, ejerciendo la dirección de la misma de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Bastaría con atender al Art. 97 y a las reflexiones y consecuencias que de él dimanar para llevar a la inmediata conclusión de que el Gobierno, en el desarrollo de las funciones constitucionales que le atribuye el Art. 97, dispone, como bien se ha dicho (242), de una función de dirección política sobre la seguridad ciudadana, bien constitucional de enorme relevancia en la vida social, y a todo ello habría que añadir, a nuestro modo de ver, que en cuanto el Gobierno dirige la Administración civil (y también, innecesario es apuntarlo, la militar, que ahora no nos interesa) y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se integran en esa Administración civil, le están por entero subordinadas dependiendo del Gobierno tanto la dirección de la política de seguridad como la dirección de los Cuerpos policiales.

Todas estas reflexiones conducen a poner de relieve la innecesariedad de la específica alusión constitucional a la dependencia del Gobierno de la Nación de estas Fuerzas de Seguridad. Dicho de otro modo, aunque tal precisión no hubiese tenido acogida constitucional la dependencia en cuestión habría existido. La dicción constitucional es, pues, casi redundante.

Sin embargo, quizá no sea inútil recordar que los intentos que en el debate constituyente se produjeron con vistas a la supresión de esta dicción o precisión del Art. 104.1, no se justificaron, en la mayoría de los casos, en base a la innecesariedad técnica de la referencia o a la conveniencia de una mayor economía gramatical que, por la apuntada redundancia, recomendaba prescindir de esta alusión. Bien al contrario en tales intentos privó el deseo de evitar que esta determinación constitucional

---

(242) TERESA FREIXES SANJUÁN Y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL: «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, enero-marzo 1995, págs. 141 y sigs.; en concreto pág. 154.

podiera Hipotecar o condicionar de alguna forma la existencia de Policías autónomas en algunas Comunidades cuya dependencia lógicamente, no podía ser del Gobierno de la Nación. Posiblemente, ante tales deseos se logrará el objetivo radicalmente contrario: reafirmar a los parlamentarios (en especial los senadores) centristas, del partido de gobierno en la conveniencia de mantener esta cláusula de dependencia del Gobierno de la Nación de las Fuerzas de Seguridad.

*Garrido Falla* (243) ha vinculado esta mención al Gobierno a la necesidad de dejar inequívocamente claro que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no tienen ninguna capacidad decisoria autónoma (por ejemplo, capacidad de apreciar la gravedad de las circunstancias desencadenantes de un estado excepcional). No podemos en absoluto estar de acuerdo con esta interpretación. En primer término porque choca frontalmente con un Estado democrático de Derecho el que exista un «poder policial» con una cierta capacidad decisoria autónoma frente al Ejecutivo. En consecuencia no era necesaria la mención al Gobierno para desechar todo resquicio de «poder policial». Y en segundo término, los argumentos antes expuestos revelan, como creemos haber demostrado que la dependencia gubernamental existiría en idénticos términos aunque no se previera por el Art. 104.1, simplemente sobre la base de una interpretación sistemática de la Norma suprema.

Y a mayor abundamiento, el soporte funcional de los Cuerpos policiales, que encuentra su última «*ratio*» en las importantes misiones que el Art. 104.1 les asigna, como venimos exponiendo reiteradamente, configura a la Policía como un servicio público orientado a la salvaguarda de los derechos constitucionales y de la seguridad pública, lo que desencadena como consecuencia lógica y a la par necesaria su plena subordinación respecto del Gobierno de la Nación.

Por lo demás, como se dijo en Italia al comentar la Ley núm. 121, de 1 de abril de 1981, «*Nuovo ordinamento dell 'Amministrazione della pubblica sicurezza*» (244), la finalidad de atemperar la eficacia policial con la democratización de la gestión de la seguridad ciudadana, objetivo perseguido por el legislador transalpino, encuentra uno de sus principios en la reafirmación de la dependencia gubernamental de la Policía, destacando y subrayando (es decir jerarquizando) el rol básico que en ese esquema

---

(243) FERNANDO GARRIDO FALLA: «Comentario al artículo 104.º», op., cit., pág. 1449.

(244) MARCO DI RAIMONDO: «Il sistema dell 'Amministrazione della pubblica sicurezza», CEDAM, Padova, 1984, págs. 216-217.

desempeña el Ministerio del Interior. Y como es lógico, a todo ello creemos habría que añadir un dinámico control parlamentario.

En definitiva, por cuanto hasta aquí se ha expuesto nos parece bien positiva esta afirmación constitucional de la descendencia del Gobierno de la Nación de las Fuerzas de Seguridad (obviamente estatales).

Y una última precisión muy breve por cuanto ya aludimos a esta cuestión. La cláusula comentada no presupone que el Ejecutivo monopolice la coacción, la violencia legítima. El Art. 126 otorga una cierta participación en la misma al Poder Judicial, en cuanto que la Policía judicial se hace depender de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal. Y la Constitución ha de ser armónicamente interpretada.

## VII. LA DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS MISIONES POLICIALES

En 1980, en una conferencia pronunciada con ocasión de un Curso Internacional de Criminología y relativa a las funciones policiales, *André Bossard* (245) iniciaba su intervención con la siguiente reflexión: «Intentar una definición de la función policial a nivel internacional puede parecer una empresa pretenciosa. Sin embargo, cuando examinamos minuciosamente las funciones ejercidas en diversos países por diferentes servicios de policías cualquiera que sea la administración de que estos últimos depende, quedamos sorprendidos por su carácter extremadamente variado, por no decir heteróclito. Tenemos la impresión de encontrarnos ante un traje de arlequín.»

Esta apreciación contrasta de modo notable con la existencia durante mucho tiempo de un común denominador doctrinal que, simplificando al extremo, circunscribía las funciones policiales al mantenimiento del orden público. Buen ejemplo de ello nos lo ofrece *Gleizal* (246), para quien «les forces de police ont pour fonction la réalisation matérielle de l'ordre public», para, más adelante (247), que es «l'action du maintien de l'ordre sur la voie publique» la más significativa actuación policial.

---

(245) ANDRÉ BOSSARD: «Police et fonction», en *Revue Internationale de Policing Criminelle*, núm. 364, marzo 1981, págs. 84 y sigs. Puede verse su traducción al español bajo el título «Las funciones policiales», en *José María Rico* (comp.), «Policía y sociedad democrática», op. cit., págs. 99 y sigs.; en concreto, pág. 99.

(246) JEAN-JACQUES GLEIZAL: «La Police Nationale», op. cit., pág. 28.

(247) *Ibidem*, pág. 92.

No es ésta una posición aislada. Bien al contrario se nos presenta como muy extendida. Algunos ejemplos dispares lo pueden corroborar. En 1927, entre nosotros, *Fernández de Velasco* (248) recordaba que la doctrina germana dominante (*Stein, Seydel y Otto Mayer*, entre otros) entendían como función de la policía la defensa coactiva de personas y sociedad contra toda alteración del orden público. Y en Italia, *Sandulli* (249) circunscribe la función policial al mantenimiento del orden y de la seguridad, conceptos a los que *Virga* (250) añade el de las buenas costumbres. Y *Zanobini* llegará a establecer una verdadera hipóstasis entre policía y orden público al afirmar que «la conservazione dell'ordine pubblico prende anche il nome di 'polizia' in senso lato» (251).

Bien es verdad que no faltan precedentes doctrinales alineados con esa visión profundamente amplia de las funciones a desempeñar por las fuerzas policiales. Es el caso, bien destacado además, del maestro *Posada* (252), quien cree que lo más acorde con el carácter ético del orden político es entender que el fin capital de la policía de seguridad es cooperar a la realización del ideal de concordia y de paz y de bienestar que el Estado representa.

Lo cierto es que la policía se ha configurado no sólo por intermedio del diseño abstracto del legislador, sino también a través de la praxis de sus actuaciones. Y el devenir del tiempo ha ido imponiendo funciones bien dispares a veces. *Bossard* (253), en un somero inventario de las acciones ejercidas por los servicios policiales, enumera cinco grandes categorías: lucha contra la criminalidad; acción puramente administrativa; información a la autoridad (en casi todos los países existe al menos una rama policial que representa «los ojos y los oídos del gobierno»); mantenimiento del orden y primeros socorros (254).

---

(248) RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO: «La noción de policía», op., cit., pág. 765.

(249) ALDO M. SANDULLI: «Manuale di Diritto Amministrativo», 10.<sup>a</sup> ed., Caca Editrice Eugenio Jovene, Napoli, 1969, pág. 583.

(250) PIETRO VIRGA: «Diritto Amministrativo», vol. 4.º, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 329.

(251) GUIDO ZANOBINI: «Corso di Diritto Amministrativo», op. cit., págs. 14-15.

(254) ADOLFO POSADA: «Idea jurídica y legal de la policía de seguridad en el Estado», op., cit., pág. 274.

(253) ANDRÉ BOSSARD: «Las Funciones policiales», op. cit. t págs. 100-104.

(254) BOSSARD resume su posición significando que la policía, de manera general, tiene por misión garantizar la paz y la seguridad en una colectividad, así como la seguridad de los ciudadanos, imponiéndoles por la fuerza si fuese necesario, la observancia de las leyes. ANDRÉ BOSSARD: «Las funciones policiales», op., cit., pág. 106.

La realidad quizá venga dada por el hecho de que la progresiva minoración de los conflictos sociales en estos lustros postreros de siglo, por lo menos respecto de décadas atrás, ha conducido a las fuerzas policiales a atender otras necesidades sociales en orden al logro de ese bello ideal de concordia y paz a que se refería el maestro *Posada*. Y es así como se ha podido hablar entre nosotros (255) de las funciones asistenciales de la policía, que, además, no se limitan a ser el fruto de una opinión doctrinal más o menos consistente, sino que, bien al contrario, empiezan a tener reflejo normativo.

Es el caso de la Ley italiana núm. 121, de 1 de abril de 1981, «Nuovo ordenamento dell'Amministrazione delle pubblica sicurezza», ya en otro momento referida, que, como dice *Raimondo* (256), amplía el ámbito material del orden y de la seguridad públicas a materias tales como la sanidad, comercio, el urbanismo... etc.

Con más claridad aún se refleja esta nueva dirección en el Art. 3.º.2 de la Ley catalana 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad-Mossos d'Esquadra, a cuyo tenor: «El Cuerpo de 'Mossos d'Escuadra', como policía al servicio de la comunidad, contribuirá a la consecución del bienestar social, cooperando con otros agentes sociales especialmente en los ámbitos preventivo, asistencial y de rehabilitación». Y finalmente, bien que sin pretensión exhaustiva, no deja de ser asimismo significativo que el Art. 4.º de la Ley vasca 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, prevea que «la política de seguridad ciudadana de la Comunidad Autónoma del País Vasco se orientará al logro del bienestar social».

Desde otra perspectiva, un hecho bien visible en nuestra sociedad es el de la internacionalización de la delincuencia, a lo que la policía ha respondido con un fortalecimiento de la cooperación internacional. A ello se une la formalización, a nivel regional, de distintos ámbitos de cooperación, siendo de destacar al efecto el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (257), que da pie a una profunda cooperación intergubernamen-

---

(255) J. M. RICO Y L. SALAS: «Inseguridad ciudadana y policía» Tecnos, Madrid, 1988, págs. 88-90.

(256) MARCO DI RAIMONDO: «Il sistema dell'Amministrazione delle pubblica sicurezza», op. cit., pág. 242.

(257) El Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 23 de julio de 1993 (BOE de 5 de abril de 1994).

tal en asuntos policiales, que, como se ha dicho (258), si bien no faculta para referirse a una acción de policía europea, sí legitima para aludir a una acción europea de policía. Esta internacionalización policial no puede por menos que incidir sobre las funciones a ejercer por la Policía, constituyéndose, a nuestro modo de ver, en un nuevo fermento de dinamización de las mismas.

2.- En una primera y muy general visión del Art. 104.1 puede ya, sin embargo, apreciarse con cierta nitidez que la razón de ser principal, si no única, del tratamiento constitucional de la Policía es la delimitación precisa de las funciones que los Cuerpos de Seguridad han de llevar a cabo. Ya tuvimos oportunidad de detenernos en ello en un momento precedente, por lo que no vamos a insistir en esta importante idea.

Como muy bien señala *Barcelona* (259), el Art. 104.1 condensa la vertiente teleológica de la función policial; especifica cuáles son los fines policiales en una cláusula general que no sirve para habilitar intervenciones concretas pero que condiciona seriamente las facultades que el legislador, tanto en la Ley Orgánica a que se remite el Art. 104.2 como en otras leyes sectoriales, puede atribuir a la policía de seguridad.

Se abandona así radicalmente la concepción absolutista de la policía prusiana, formalizada en 1794, como ya vimos, con arreglo a la cual, las fuerzas del orden disponían de una habilitación general para hacer frente a los peligros que pudieran afectar o amenazar a la seguridad y al orden público. Esa habilitación, desvinculada de todo valor constitucional, hoy no tendría encaje en el marco de nuestra Norma suprema.

Nuestro constituyente acoge una vertiente finalista plenamente acorde con el marco constitucional, que sirve como referente de legitimidad de la existencia y actuación de las Fuerzas policiales. No sólo prescinde de ese vocablo que, como dijera *Fernández de Velasco* (260), tantas concomitancias guarda con aquel otro de la «razón de Estado», sino que, de modo harto significativo, hace preceder la protección del libre ejercicio de los derechos a la salvaguarda de la seguridad ciudadana.

---

(258) LUIS JIMENA QUESADA: «Configuración constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles en el marco de la Unión Europea», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 49, septiembre-diciembre 1997, págs. 167 y sigs.; en concreto, pág. 168.

(259) JAVIER BARCELONA LLOP: «Sobre las funciones y organización de las Fuerzas de Seguridad...», op., cit., pág. 27.

(260) RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO: «La noción de 'policía' op., cit., pág. 759.

Esta precedencia no es casual, sino, bien al contrario responde al deseo de enfatizar la preeminencia de los derechos, de convertirlos en el norte permanente hacia el que se ha de dirigir la brújula orientadora de la actuación policial. La seguridad ciudadana es un bien constitucional de evidente trascendencia, pero adquiere su más profundo significado en conexión con los derechos y libertades pues está a su servicio, esto es, la protección de la seguridad ciudadana es irrenunciable en cuanto que a partir de esa seguridad se encontrará el contexto idóneo para el libre y pleno ejercicio de los derechos. Es quizá por ello mismo por lo que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana se considera que la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, siendo ambos requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática.

En el fondo de este diseño se puede detectar el deseo de configurar una policía esencialmente protectora, tutora de los derechos y libertades ciudadanos. Pensamos que el constituyente, al encomendar a la policía la asunción como misión prioritaria de la protección de los derechos y libertades, le está a la par marcando un sustancial principio de actuación: el de actuación respetuosa con los mismos derechos y libertades, lo que, desde luego, tampoco nos puede hacer ignorar que es casi connatural a la actuación policial una limitación más o menos intensa de determinados derechos, en algunos al menos. Recordemos que ya *Ranelletti* (261), al definir la policía, incluía entre los rasgos de la actividad pública policial la limitación de la libertad de actuar de los particulares, siendo necesario, incluso eventualmente por medio de la coacción.

Esta preocupación tan visible adquiere todo su sentido en el contexto concreto en que se gesta la Constitución, con las inquietudes que a buena parte de los constituyentes suscitaba la actuación represora de la policía del franquismo y su falta de sensibilidad hacia unos derechos, por otra parte, en gran medida inexistentes.

Así contextualizada, se entiende la opción del constituyente y se comprende que éste, con la finalidad prioritaria de subrayar la estricta vinculación policial a la disciplina de los derechos y libertades, prescindiera de toda referencia a un modelo policial legalista, que considera como objetivo prioritario de la actuación policial la aplicación de la ley, del que

---

(261) O. RANELLETTI: «La Polizia di sicurezza», op., cit., pág. 307.

encontramos un buen ejemplo en el punto primero del estatuto de la policía acogido en la «Declaración sobre la Policía» adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de acuerdo con el cual: «Las fuerzas de policía constituyen un servicio público establecido por la ley y encargado del mantenimiento del orden y de la aplicación de la ley», modelo éste que aún aparece más claro en el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, como ya expusimos, y en cuyo propio rótulo se alude a esa función de «hacer cumplir la ley».

Es obvio que el cumplimiento de la ley en un Estado constitucional como el nuestro entraña de modo prístino el respeto y salvaguarda de los derechos que dan su plena razón de ser y su unidad material no sólo a la ley, sino al conjunto ordinamental todo. Por ello, la expresión a que venimos refiriéndonos hubiera podido ser constitucionalizada sin ningún temor o cautela, incluso omitiendo toda alusión a la protección de los derechos como misión policial, por cuanto tal misión había de entenderse implícita en el cumplimiento de la ley.

Sin embargo, como apunta la mejor doctrina (262), la expresión «hacer cumplir la ley» tiene un componente de fuerza o coacción que puede aconsejar que, en según qué momentos, se acuda a otra determinación de los fines policiales que, diciendo sustancialmente lo mismo, resulte algo menos agresiva. Y en el contexto histórico en que se gesta nuestra «*Lex superior*» se comprende a la perfección que el constituyente dejara de lado esa concepción legalista para decantarse por una concepción más «sustancialista», opción que nos parece desde todo punto de vista bien positiva.

#### A) EL ABANDONO DE LA CLÁUSULA GENERAL HABILITANTE DEL «ORDEN PÚBLICO»

1.- En el Estado absoluto, correspondía al Príncipe el aseguramiento de la paz pública, una finalidad que había que conseguir, no tanto conservar cuanto imponer («*impositio-ordinis in civitate*»), llegándose a identificar con el mismo fin del poder público. Sería la policía la que hiciese posible el cumplimiento de esta función. Y desde esta perspectiva, como

---

(262) JAVIER BARCELONA LLOP: «Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español...», op., cit., págs. 105-106.

destaca Villar Palasí (263), el orden público y, en consecuencia, el «*ius politiae*», vendría a justificar la misma idea de soberanía

A fines del siglo XVIII, como ya hemos referido en varias oportunidades, esta visión enormemente amplia y abierta de la cláusula de orden público sería positivizada en el Derecho prusiano (en la «*Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*» de 1794), gravitando en torno a ella una concepción absolutista de la policía que habría de perdurar largo tiempo en Alemania, de conformidad con la cual, la policía pasaba a gozar de una habilitación general («*Generalermächtigung*») para hacer frente, sin traba alguna, a los peligros que acecharan o amenazaren la seguridad y el orden públicos. Ello entrañaba, como advierte Carro (264), una grave confusión entre la misión asignada a la policía y las facultades concretas que el ordenamiento le concedía para llevarla a cabo. Dicho de otro modo, toda quiebra o amenaza de la seguridad u orden públicos era base suficiente para una actuación de las fuerzas del orden.

Esta visión arraigaría en Alemania, reproduciéndose normativamente en el conocido Art. 14.I de la Ley prusiana de Policía de 1 de junio de 1831. Y a partir de aquí, esa concepción de la cláusula de orden público como una habilitación general en favor de la policía, prendió no sólo entre la doctrina germana, sino también en la de otros muchos países europeos. Todavía hoy, en Francia, Picard (265) define el contenido de la cláusula de orden público general en términos muy parejos a los de dos siglos atrás: «l'ordre public général a pour contenu l'ensemble des normes que l'administrateur estime -sous le contrôle du juge— comme suffisamment nécessaires à la protection de l'ordre institutionnel pour être prises sans habilitation législative expresse». Y Gleizal (266), tras constatar que la noción de orden público se justifica por sí misma, justificando toda actuación policial, concluye que de ser una institución jurídica, la policía tiende a convertirse en una institución extrajurídica, esto es, al margen del Derecho, propiciando con ello la arbitrariedad del Estado.

La cuestión se agrava si se advierte la volatilidad y relatividad del concepto, que muchas veces se perfila en función de las circunstancias.

---

(263) JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ: «Poder de policía y precio justo...», op.cit., págs. 37-40.

(264) JOSÉ LUIS CARRO: «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», op., cit., pág. 623.

(265) ETIENNE PICARD: «La notion de police administrative». LGDJ, París, 1984, pág. 563.

(266) JEAN-JACQUES GLEIZAL: «La Police Nationale» (Droit et pratique policière en France), op., cit., pág. 161.

«Par nature —dice *Moreau* (267)—, l'ordre public est une notion contingente et relative» (268). Esta relatividad ha tenido su traducción en la imprecisión con la que el Consejo Constitucional francés ha delimitado la misma noción (269).

Esta imprecisión conceptual es deudora de la coexistencia de dos grandes intentos doctrinales de delimitación del concepto, a los que ya tuvimos oportunidad de referirnos al inicio de este trabajo: 1/ la visión metajurídica, principal responsable de este relativismo conceptual, que tiene en *Otto Mayer* a su principal mentor, y que encuentra en la idea del «buen orden de la comunidad» el núcleo central del concepto (270).

En cuanto los ciudadanos tienen un deber general de no perturbar ese buen orden de lo público, no será necesario para la policía disponer de un fundamento legal específico para reaccionar contra las perturbaciones atentatorias al orden público. 2/ La visión jurídica, tributaria de la doctrina de *Ranelletti* (271), para quien el orden público no puede ser sino orden jurídico, entendiendo por tal «aquél estado general de la sociedad en el que el todo social y cada uno de sus miembros, en el desarrollo de sus fuerzas reconocidas y protegidas por el Derecho, están garantizados frente a toda lesión o amenaza de lesión que la ley consiente de sancionar como delito o como contravención».

---

(267) cit. Por *ETIENNE PICARD*: «La notion de police administrative», op., cit., pág. 542, nota 28.

(268) *FEDERICO DE CASTRO*, bien que, como resulta obvio, desde una óptica iusprivatista, manifiesta que el concepto de orden público utilizado en los Códigos Civiles, ha sido considerado por los autores como una figura enigmática e imposible de ser definida. *FEDERICO DE CASTRO*: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad» (La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor), en *Anuario de Derecho Civil*, tomo xxxv, fasc. 4.º octubre-diciembre 1982, págs. 987 y sigs., en concreto pág. 1.023.

(269) En tal sentido se manifiesta *CHRISTOPHE VIMBERT*: «L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1994, núm. 3, mayo-junio 1994, págs., 693 y sigs.; en concreto, pág. 696.

(270) Esta posición sigue teniendo numerosos adeptos. Recordemos, ejemplificativamente, a *Paul Bernad* (en «La notion d'ordre public en Droit Administratif», LGDJ, París, 1962, pág. 162), para quien el orden público puede ser definido como «une directive jurisprudentielle suffisamment imprécise pour permettre au juge de faire prévaloir dans chaque cas d'espèce l'intérêt général qui peut entraîner soit le respect des libertés, soit leur limitation».

Y en nosotros, *Buenaventura Pellisé Prats* (en «Orden público», voz de la «Nueva Enciclopedia Jurídica», tomo XVIII, Edit. Francisco Seix, Barcelona, 1986, págs. 505 y sigs.; en concreto, pág. 506) se refiere a aquellas convicciones o a aquel sentir colectivo en cuanto a los principios básicos en los que deban inspirarse las concretas soluciones sustantivas dadas a los problemas o a los conflictos de intereses que dentro de una colectividad se planteen.

(271) *O. RANELLETTI*: «La Polizia di sicurezza», op. cit., pág. 435.

Ciertamente, la prevalencia de la concepción jurídica hubiera contribuido en alto grado a restar o minorar ese relativismo del concepto de «orden público». Pero la realidad nos sigue mostrando que amplios sectores doctrinales siguen contemplando el orden público desde perspectivas metajurídicas, lo que incide en su contingencia. Así, *Carro* (272) nos recuerda cómo la moderna doctrina alemana suele definir el orden público como «el conjunto de reglas no escritas, cuyo cumplimiento según las concepciones sociales y éticas dominantes se considera como condición previa indispensable para una convivencia próspera y ordenada dentro de la comunidad». Y también en la doctrina italiana encontramos algunos destacados seguidores de la opción metajurídica, como es el caso de *Virga*, quien pone el acento en el «*complesso di principi etici e politici*, la cui osservanza è considerata indispensabile per un determinato assetto sociales» (273), de lo que, en otro momento (274), derivará que habrá desorden público cuando se contravengan concepciones sociales religiosas o políticas.

Llegados aquí es preciso indicar que el orden público puede ser, pese a todo lo expuesto, un concepto perfectamente válido para señalar las misiones a cumplir por las Fuerzas policiales. La «*Corte Costituzionale*» italiana tuvo oportunidad de decir, en su Sentencia núm. 19, de 1962 (275), que la exigencia del orden público no es del todo extraña a los ordenamientos democráticos, ni es incompatible con ellos.

Ahora bien, dicho esto hay que precisar de inmediato que lo que no puede ser de recibo en un sistema constitucional asentado en la primacía de los derechos es la concepción del orden público como una cláusula general legitimadora de las actuaciones policiales, y ello por cuanto, como dice *Sandulli* (276), tales actuaciones policiales, al incidir sobre los derechos, han de encontrar su razón de ser directamente en las leyes. Además, la Constitución es un instrumento normativo de limitación del poder y ello se traduce en que el ejercicio del poder se haya de plasmar en «dosis medidas de potestad» (277). Justamente por ello, el orden público puede

---

(272) JOSÉ LUIS CARRO: «Los problemas de la coacción directa...», op. cit., pág. 620.

(273) PIETRO VIRGA: «*Diritto Amministrativo*», vol. 4.º, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 330.

(274) PIETRO VIRGA: «*La potestà di polizia*», Giuffrè, Milán, 1954, pág. 19.

(275) Sentencia de la «*Corte*» núm. 19, de 16 de marzo de 1962. Puede verse en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, págs. 189-199; en concreto pag. 197.

(276) ALDO M. SANDULLI: «*Manuale di Diritto Amministrativo*», op. cit., pág. 583.

(277) CLAUDIO MOVILLA ALVAREZ, en el Prólogo a la obra de *Jesús Fernández Entralgo* (y otros), «*Seguridad Ciudadana*», Editorial Trotta, Madrid, 1993, págs. 9-10.

ser admisible como límite puntual frente al ejercicio de algún derecho o libertad, pero no si se le concibe como una cláusula general que opere asimismo como límite general de los derechos en función de un supuesto orden ideal autónomo en su operatividad, y concebido como conjunto de principios inderogables que limitan situaciones o intereses subjetivos de grupos sociales o de particulares (278)

En definitiva, y dicho de otro modo, la necesidad, sin un soporte legal en que sustentarse, resulta inconciliable con un ordenamiento jurídico democrático que se legitima por la primacía de los derechos y libertades de la personal.

2.- En el constitucionalismo histórico español, la noción de «orden público» va a ser recepcionada de modo reiterado en aquellos preceptos constitucionales que atribúan al Rey la potestad de hacer ejecutar las leyes (Art. 170 de la Constitución de Cádiz; Art. 45 de la Constitución de 1837; Art. 43 de la Constitución de 1845; Art. 69 de la Constitución de 1869, y Art. 50 de la Constitución de 1876), lo que, como bien dice *Martín-Retortillo*, será un aliciente de mucho peso precisamente para cebar su significado de cláusula genérica con su amparable pretensión expansiva, al menos en las situaciones de fortalecimiento de los poderes tradicionales (279). La cláusula desempeñará un importante papel en el ámbito de las potestades regias y, a través suyo, en el de las potestades administrativas.

Como es opinión bastante generalizada entre nuestra doctrina, el concepto de «orden público» se convertirá en una cláusula de cobertura legal de la represión policial y en una especie de cajón de sastre en el que encontrarán adecuado encaje legal todo tipo de limitaciones y quebrantos a los derechos y libertades ciudadanos. La idea del orden público, afirma *Martín-Retortillo* (280), será utilizada sistemáticamente (al margen de un sentido normal y defendible) para machacar y desfigurar los derechos

---

(278) En la misma dirección, *GUIDO CORSO* (en «L'ordine pubblico», op. cit. pág. 143) rechaza que en Italia cupiese constitucionalmente una cláusula general de orden público.

(279) *LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER*: «Notas para la historia de la noción de orden público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 36, enero-marzo 1983, págs. 19 y sigs.; en concreto, pág. 31.

(280) *LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER*: «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa» en la obra del propio autor «Bajo el signo de la Constitución», IEAL, Madrid, 1983, págs. 287 y sigs.; en concreto, pág. 305.

fundamentales. El régimen autoritario del general Franco exacerbará en mayor medida aún si cabe esta línea tendencial (281).

En este contexto como se entiende que el constituyente no sólo eliminara de las misiones propias de la policía el mantenimiento del orden público, sino que, más aún, suprimiera tal expresión incluso de la propia denominación de las Fuerzas policiales. Se quiere con ello subrayar, sin dejar el más mínimo resquicio a la duda, reactivamente incluso, el radical cambio de concepción de las Fuerzas de la policía (282).

Con todo, el concepto de «orden público» no ha desaparecido de nuestra Norma Fundamental, bien que su operatividad sea radicalmente diferente. Ya no estamos en presencia de una cláusula general habilitante de todo tipo de actuaciones policiales, sino de un límite que se prevé respecto del ejercicio de determinados derechos constitucionales (como la libertad religiosa, ideológica y de culto del Art. 16.1 o el derecho de reunión ejercido en lugares de tránsito público del Art. 21.2) que, como cualquier otro límite de un derecho, requiere de una interpretación restrictiva, pues así lo exige la fuerza expansiva de cualquier derecho, consecuencia directa del transcendental rol constitucional de los derechos, en cuanto elementos informadores del ordenamiento jurídico objetivo de la colectividad.

La noción de «orden público» se contempla en algunos Estatutos de Autonomía (así, tanto el Art. 17.1 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco como el Art. 13.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña se refieren al mantenimiento del orden público al aludir de modo genérico a las funciones de la Policía autónoma), aunque el Art. 149.1, en su núm.

---

(281) El ensanchamiento cada vez mayor de los supuestos atentatorios contra el orden público, dice *Fernández Farreres*, servirá de soporte técnico a una decidida toma de postura en contra de la efectividad y vigencia de los ya de por sí exigüos y bien modestos derechos y libertades que, más formalmente que nunca, se reconocían a los ciudadanos. *GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES*: «Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas...» op. cit., pág. 205.

(282) El criterio doctrinal es bastante coincidente en esta apreciación. La opinión de *Izu* es bien representativa al efecto. A su juicio, el descrédito que sufre el concepto trivializado del orden público durante los últimos años del régimen franquista, por la carga de arbitrariedad gubernativa que conlleva y su reiterada utilización como instrumento de represión política, tiene como consecuencia que los constituyentes de 1976 eviten al máximo aludir al orden público en la vigente Norma Fundamental. *MIGUEL JOSÉ IZU BELLOSO*: «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 58, abril-junio 1988, págs. 233 y sigs.; en concreto, pág. 242.

29, atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, exclusividad que, desde luego, ha de ser muy relativizada, como ya tuvimos oportunidad de decir, bien que, en lo que ahora importa, esa alusión a la «seguridad pública» sea una muestra más, y bien significativa, de la decidida postergación por el constituyente del añejo concepto del orden público.

La Ley Orgánica 2/1986 se alinea en la misma dirección, convirtiendo la noción de «seguridad pública» en el verdadero concepto nuclear de su articulado, como revela de modo insistente el texto de su Art. 1.º. Nos encontramos de esta forma con que nuestra Constitución y el resto del ordenamiento jurídico utilizan, bien que sin mucha precisión y rigor, un tríptico de conceptos: los de seguridad pública, seguridad ciudadana y orden público, y ello requiere de un esfuerzo dogmático de delimitación conceptual, a la par que, finalmente, de un ulterior repaso de la doctrina Constitucional.

## B) LA DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD CIUDADANA Y SEGURIDAD PÚBLICA

1. Hemos de comenzar este intento de delimitación conceptual intentando aproximarnos negativamente a la noción de orden público. En su empleo por nuestro ordenamiento jurídico este concepto no puede identificar un «orden público ideal», o lo que es igual, un conjunto de valores entresacados del texto constitucional que puedan llegar a operar como límites de todos los derechos y libertades en cuanto que, como dice *Pace* (283), tales valores y principios son considerados por el propio ordenamiento como indispensables para su propia supervivencia. Esta noción del orden público es la que, por ejemplo, late en último término en la doctrina sentada por la «*Corte Costituzionale*» italiana en su conocida Sentencia núm. 19, de 16 de marzo de 1962, a la que ya aludimos, y en la que, tras aislar un conjunto de principios y valores que integran el «orden institucional del régimen vigente», identifica en ellos el orden público del mismo régimen, al que califica como «un bene inherente al vigente sistema costituzionale» (284).

---

(283) ALESSANDRO PACE: «Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana», en *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, vol. CLXV, fasc. 1-2, julio-octubre 1963, págs. 111 y sigs.; en concreto pág. 113.

(284) Sentencia núm. 19, de 16 de marzo de 1962, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, págs. 189 y sigs.; en concreto, pág. 198.

El rechazo de esta visión, obvio es decirlo, presupone el rechazo de una concepción metajurídica del orden público. El orden público, dirá *Corso* (285), viene tutelado en cuanto orden público material, como un estado de hecho caracterizado por la seguridad, la integridad y la tranquilidad, esto es, «*l' état de paix*» de que hablaba *Hauriou* (286) o la paz doméstica a que aludía entre nosotros, *Colmeiro* (287). Justamente por ello, como de nuevo indica *Corso* (288), es por lo que el orden público sólo puede operar como límite en aquellos derechos en los que esté específicamente previsto como tal, y no como límite general, implícito de todos los derechos (289).

Y hemos de concordar con *Carro* (290) en la idea de que el orden público sólo puede ser un concepto positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tenga traducción en concretas normas jurídicas. De esta forma, sólo será constatable una perturbación del orden público si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de competencias públicas reguladas por el ordenamiento jurídico. El orden público ha de referirse, pues, a regulaciones jurídicas concretas. Ello nos conduce a poner un tanto en tela de juicio la supuesta juridificación del orden público que entrañaría su consideración como concepto jurídico indeterminado, consideración que ha hecho suya el Tribunal Supremo, bien que con algunos matices dirigidos, en lo sustancial, a limitar el efecto expansivo de la noción de orden público mediante una exigencia más rigurosa de la tipificación de su contenido (291).

---

(285) GUIDO CORSO: «Ordine Pubblico» (Diritto pubblico), en «Enciclopedia del Diritto», tomo XXX, Giuffrè, Milán, 1980, págs. 1.057 y sigs.; en concreto, pág. 1.061.

(286) MAURICE HAURIOU: «Précis de Droit Administratif et de Droit Public» op. cit., pág. 517.

(287) MANUEL COLMEIRO: «Derecho Administrativo Español», tomo I, Xunta de Galicia, Santiago, 1995, pág. 330.

(288) GUIDO CORSO: «Ordine Pubblico», op., cit., pág. 1.063.

(289) Así, el Tribunal Constitucional, en uno de sus primeros fallos (STC 18/1991, de 8 de junio, fund. jur. 3.º) ya rechazará que la Administración, por razones de orden público, pueda incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos sin observar procedimiento alguno.

(290) *José Luis Carro*: «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27, mayo-agosto 1990, págs. 9 y sigs.; en concreto, pág. 17.

(291) El orden público, según la doctrina del Tribunal Supremo, es un concepto jurídico indeterminado equivalente a estado de normalidad, que, por tanto, puede ser alterado desde diversos frentes, siendo la resultante de varios factores, entre los que se encuentran la seguridad, la tranquilidad, la moralidad y la salubridad ciudadana. STS de 18 de octubre de 1983 (Sala 4.ª. Cont. Admtvo.), Aranzadi, marginal núm. 5900. Esta doctrina ha

Llegados aquí hemos de intentar una conceptualización final del orden público. Puede ser de gran utilidad para ello acudir al Art. 10.1 de nuestra «*Lex superior*», que eleva los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona, conjuntamente con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social. Late aquí una noción amplia del orden público, que se podría concretar en el respeto de los derechos fundamentales de las leyes y de los derechos de los demás (292), noción que, a la vista del Art. 104.1, puede y debe precisarse, circunscribiéndola al respeto al libre ejercicio de los derechos y libertades. En ello se concretaría el orden público, que lógicamente exige de una tranquilidad material que facilite ese ejercicio libre de aquellos derechos (293).

2.- Junto al orden público nos encontramos con la seguridad ciudadana, concepto tildado (294) de polivalente equívoco, que ha sido considerado de distintas formas: como un concepto omnicomprendivo de la actividad policial frente a todo tipo de peligros (295); como aquella actividad dirigida a la protección de personas y bienes ante agresiones violentas o ante el peligro de que las mismas se produzcan (296), o, de modo muy similar aunque algo más amplio y con el que nos sentimos identificados, como noción referida a la protección de personas y bienes de acuerdo con

---

sido reiterada; así en la STS de 19 de noviembre de 1984 (Sala 4.ª. Cont. Admtvo.), Aranzadi, marginal núm. 6220. Bien es verdad que en otro momento, el Tribunal ha considerado que en cuanto concepto jurídico indeterminado, la constatación de la concurrencia de razones de orden público (que en el caso en cuestión habrían de conducir a denegar un permiso de residencia por un Gobernador Civil) exige una prueba detallada y precisa de los presupuestos fácticos que la hagan aplicable, no bastando la invocación genérica del término legal para denegar una renovación de una autorización de residencia a una súbdita argentina residente en España desde años atrás. STS de 17 de octubre de 1983 (Sala 4.ª. Cont. Admtvo.), Aranzadi, marginal núm. 5187.

(292) JOSÉ LUIS CARRO: «Sobre los conceptos...», op. cit., pág. 21.

(293) Análoga es la posición de TERESA FREIXES y JOSÉ C. REMOTTI (en «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», en Revista de Estudios Políticos, núm. 87, enero-marzo 1995, págs. 141 y sigs.; en concreto, pág. 149), para quienes el orden público es un interés de la sociedad constitucionalmente reconocido consistente en el ejercicio libre y pacífico de los derechos constitucionales.

(294) LUIS DE LA MORENA y DE LA MORENA: «La 'seguridad pública' como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos», en Revista de Administración Pública, núm. 109, enero-abril 1986, págs. 321 y sigs.; en concreto pág. 349.

(295) IÑAKI AGIRREAZKUENAGA: «La coacción...» op. cit. pág. 366.

(296) MIGUEL JOSÉ IZU BELLOSO: «Los conceptos de orden público...», op., cit., págs. 246-247.

el resto del ordenamiento jurídico, protección que lógicamente han de otorgar las Fuerzas policiales en el ámbito que les es propio, esto es, frente a acciones violentas, agresiones situaciones de peligro o calamidades públicas (297).

Nos resta finalmente el concepto de seguridad pública utilizado por el Art. 149.1.29 para identificar a la materia cuya competencia exclusiva, en teoría al menos, se atribuye al Estado. Y frente a otras construcciones doctrinales de interés (298), hemos de seguir una vez más la formulada por Carro (299), quien, tras poner en conexión el Art. 149.1.29 y el Art. 104.1, llega a la conclusión de que la seguridad pública comprende ese campo de acción que la Constitución reserva a la policía de seguridad, o lo que es igual, abarca tanto al orden público como a la seguridad ciudadana, los dos supuestos a los que, de acuerdo con la tesis que venimos siguiendo, se refiere el Art. 104.1. Así las cosas, la seguridad pública sería el concepto general omnicompreensivo del orden público (protección del libre ejercicio de los derechos) y de la seguridad ciudadana (protección de personas y bienes).

3. El Tribunal Constitucional no ha dedicado tanta atención como habría cabido suponer a la delimitación conceptual de la tríada de conceptos a que venimos refiriéndonos.

En el primero de sus pronunciamientos sobre ellos (300), el Juez de la Constitución abordó el concepto y delimitación de la seguridad pública a que alude el Art. 149.1.29. Dos son las reflexiones centrales que hace el Tribunal:

En primer término, constata que la seguridad pública es una noción más precisa que la de orden público, concepto en el que, por ejemplo, pueden incluirse cuestiones referentes a la salubridad, que no entran en el concepto de seguridad pública, aunque, de inmediato, el Alto Tribunal, contradiciéndose un tanto a sí mismo, reconozca que no cabe negar que una crisis sanitaria pueda amenazar la seguridad pública y justificar, con-

---

(297) JOSÉ LUIS CARRO: «Sobre los conceptos...», op., cit., págs. 21-22.

(298) Tal es el caso de IÑAKI AGIRREAZKUENAGA: «La coacción administrativa directa», op., cit., pág. 366. Para este autor, la seguridad pública, materialmente, formaría parte del concepto más amplio de orden público, abarcando únicamente la protección de personas y bienes contra peligros tipificados penalmente provocados por la actividad humana.

(299) JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: «Sobre los conceptos...», op., cit., págs. 22-23.

(300) STC 33/1982, de 8 de junio, fund. jur. 3.º.

secuentemente, una intervención de las autoridades a las que corresponda su custodia.

Y en segundo lugar, la seguridad pública se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas.

No dista mucho esta doctrina constitucional de la posición manifestada en un momento precedente como propia; bien al contrario, varios puntos de aproximación pueden apreciarse. Es claro que la seguridad en sentido estricto (protección de personas y bienes) coincide con la concepción que sosteníamos de la seguridad ciudadana. Y en cuanto al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano podría tener su correlato en la noción estricta que del orden público sosteníamos. Así, la seguridad pública entendida en sentido amplio acogería tanto al orden público como a la seguridad ciudadana.

Con el devenir del tiempo, la jurisprudencia constitucional ha ido estableciendo matices de interés en orden a una mejor comprensión y delimitación que los conceptos que nos ocupan.

Especialísima trascendencia alcanzan sus precisiones en torno al concepto de orden público, dirigidas progresivamente a vincular, a aproximar dicho concepto al libre ejercicio de los derechos y libertades a que alude el Art. 104.1. Así, en su Sentencia 19/1985, el Tribunal (301) consideraba evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público.

A partir de esta formulación del intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Supremo se haría eco de esta línea de pensamiento al significar, por un lado, que tras la Constitución, la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que el de garantizar el orden público de las libertades (302), y por otro, que el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente de sus derechos y libertades (303).

En su jurisprudencia ulterior, el Tribunal ha efectuado algunas precisiones que contribuyen en cierto modo a clarificar la cuestión, si bien, en algún caso concreto, más parecen conducir al fin contrapuesto. Varios aspectos de esa doctrina pueden ser destacados.

---

(301) STC 19/1985, de 13 de febrero, fund. jur. 1.º.

(302) STS de 27 de enero de 1987. Aranzadi, marginal núm. 331.

(303) STS de 20 de enero de 1989. Aranzadi, marginal núm. 392.

En primer término, el Tribunal, con buen criterio, ha precisado que aunque la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, actividad dirigida a la protección de personas y bienes, no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, o a preservar su mantenimiento, puede englobarse dentro del título competencias «seguridad pública» (304) razonamiento de todo punto lógico por cuanto que, caso contrario, como el propio Tribunal señala, la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública y, por ende, competencia estatal.

Al hilo de su precedente reflexión, el Juez de la Constitución trata de dar una interpretación un tanto estricta a este título competencial al significar que se trata de un concepto en el que hay que situar modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los Cuerpos de Seguridad a que se refiere el Art. 104 (305).

Ello no obsta para que, en otro momento, entienda que la protección civil es una materia que ha de englobarse con carácter prioritario en el concepto de seguridad pública (306).

Sin embargo, a partir de una interpretación global del Art. 149.1.29, que a la par que considera como competencia exclusiva del Estado la seguridad pública, lo hace sin perjuicio de la creación de policías por las Comunidades Autónomas, creación llevada a cabo por algunas Comunidades, resulta, a juicio del Tribunal, que sin mengua de las competencias exclusivas del Estado, en la materia de la protección civil se producen competencias concurrentes. Es decir, el carácter estricto del concepto seguridad pública y la habilitación que el propio Art. 149.1.29 hace a las Comunidades para que creen Policías, desemboca en que materias subsumibles dentro de ese título competencias no pueden ser, en puridad, consideradas como de la exclusiva competencia estatal, convirtiéndose en competencias concurrentes.

Bien es verdad que, a la inversa, el Juez de la Constitución ha considerado (307) que en cuanto la habilitación comunitaria que lleva a cabo el propio precepto se refiere al aspecto orgánico (la Policía), no al aspecto material (la seguridad pública), la existencia de una Policía autónoma no modifica la titularidad de la competencia estatal en cuanto la competencia

---

(304) STC 59/1985, de 6 de mayo, fund. jur. 2.º.

(305) *Ibidem*.

(306) STC 123/1984, de 18 de diciembre, fund. jur. 3.º.

(307) STC 117/1984, de 5 de diciembre, fund. jur. 5.º.

controvertida no guarde relación alguna con la actividad policial. Dicho de otro modo, la disponibilidad de una organización policial propia de la Comunidad Autónoma no arrastra tras de sí la titularidad de una determinada competencia material relacionada con la seguridad pública respecto de la que haya una ausencia de previsión expresa.

Las notorias dificultades hermenéuticas del Tribunal, que aparenta ciertas contradicciones en sus posicionamientos, son la lógica resultante de la compleja articulación de dos incisos en cierto modo contradictorios: por una parte, la atribución al Estado de la exclusividad del título competencial «seguridad pública», actividad que, como ya hemos significado, se centra en la protección de personas bienes y en el mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, y por otra, la habilitación a las Comunidades para la creación de Policías autónomas a las que estatutariamente se les atribuye, entre otras funciones, la protección de personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo. Y todo ello conduce a una resultante final: en el País Vasco y en Cataluña la seguridad pública es, de hecho, una materia de competencia compartida entre el Estado y cada una de esas dos Comunidades.

Nos resta referirnos a uno de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en que el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de delimitar nuevamente la tríada conceptual de que venimos ocupándonos. En esa oportunidad la posición del Tribunal ha sido notablemente confusa y aún diríamos que contradictoria con su precedente doctrina.

El Tribunal se viene a manifestar en estos términos (308): «la seguridad pública (Art. 149.1.29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle». Es decir, el Tribunal confunde o, quizá, identifica conscientemente, dos conceptos que parecían hallarse en su doctrina hasta ese momento bien separados: los de seguridad pública y seguridad ciudadana. Y tras ellos el interprete supremo de la Constitución añade: «Tal seguridad se bautizó ya en el siglo pasado con la rúbrica del “orden público”, que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos» (309). Con ello, lo que nos viene a decir el Tribunal es que, en realidad, la tríada conceptual «orden público», «seguridad ciudadana» y «seguridad pública», es reconducible a un único y común concepto, el de «seguridad

---

(308) STC 325/1994, de 12 de diciembre, fund. jur. 2.º.

(309) *Ibidem*.

pública», también conocido como «seguridad ciudadana», con lo que ésta pasa a ser un mero sinónimo de aquélla, y, en el pasado siglo, como «orden público».

Desde luego, parece evidente, como ya tuvimos oportunidad de señalar y es, por otro lado, opinión doctrinal muy generalizada (310), que con la noción de «seguridad pública» se expresa omnicomprendivamente el conjunto de la tarea policial. A partir de aquí, es perfectamente admisible entender que esa noción tiene su equivalente en el pasado siglo en el ya añejo concepto del orden público, aunque también parece claro que esa equivalencia, hoy, no se puede admitir, mucho menos a la vista del empleo que de la noción «orden público» se hace en ciertas normas estatutarias. Pero lo que resulta menos comprensible de todo es la trivial identificación que el Tribunal parece hacer entre la seguridad pública y la seguridad ciudadana.

En resumen, en sus primeros pasos, la jurisprudencia del Tribunal en esta cuestión pareció ser relativamente lógica y coherente; sin embargo, la claridad inicial ha ido dando paso a una obscuridad o, quizá mejor, confusión notable, con la subsiguiente contradicción entre sus pronunciamientos.

### C) LA PROTECCIÓN DEL LIBRE EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

La primera de las misiones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es la de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades. La prevalencia de esta función policial es inequívoca, sustentándose en la propia primacía constitucional de los derechos y libertades, hacia cuya plenitud, tanto a nivel individual como colectivo, ha de orientarse la actuación de todos los poderes públicos en general y de las fuerzas policiales en particular.

De ese carácter primigenio se deduce, como se ha dicho (311), que del empleo en la Constitución de la noción de seguridad ciudadana no puede derivarse lectura alguna que pretenda soslayar que la misión básica de las Fuerzas de Seguridad es la protección del libre ejercicio de los derechos.

---

(310) Es el caso entre otros, de *JAVIER BARCELONA LLOP*: «El régimen jurídico de la policía de seguridad», op., cit., pág. 151, y de *JAVIER BERRIATUA SAN SEBASTIÁN*: «Aproximación al concepto de seguridad ciudadana», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, enero-abril 1995, págs. 737 y sigs.; en concreto pág. 753.

(311) *Javier Barcelona Llop*: «Seguridad ciudadana» (*Derecho administrativo*), en «Enciclopedia Jurídica Básica», vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6.095 y sigs.; en concreto, pág. 6.097.

Por lo mismo como ya tuvimos oportunidad de indicar, la garantía policial de la seguridad ciudadana está al servicio de la protección de los derechos y libertades.

La ubicación de las libertades y derechos ciudadanos como referente de actuación policial no es del todo nueva, por lo menos entre la doctrina. Ya *Ranelletti*, en su crítica a las tesis de *Mayer* para quien, recordémoslo, el «buen orden de la comunidad» ínsito a toda vida colectiva entrañaba una serie de limitaciones a la autonomía individual, defendería una comprensión jurídica de tal orden, concebido, pues, como orden positivizado en el que los derechos habrían de ocupar una posición bien destacada. Y entre nosotros, *Colmeiro* (312) precisaba que el principio del orden no debía ejercer un imperio omnímodo y absoluto, sino compartido con el principio de libertad.

Las posiciones doctrinales precedentes, minoritarias por lo demás en el momento de su formulación, no pueden ocultar lo alejada que se halla la realidad histórica de las mismas. Tal realidad revela que las misiones policiales no han tenido históricamente como referente básico los derechos y libertades de los ciudadanos. El orden era un valor en sí mismo, como reflejan con nitidez las tesis de *Mayer*. La definición que de la policía administrativa dará *Laubadère* (313) es harto significativa al efecto: «La police administrative est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus». Y esta visión adquiere un más pleno sentido aún si advertimos con *Rivero* (314) que la hipertrofia del cuidado del orden ha sido la permanente tentación de los gobernantes cualesquiera que éstos fuesen.

Esta realidad contribuye a mostrar más fehacientemente la subversión del orden tradicional de valores a proteger por las Fuerzas de Seguridad que nuestra el precepto constitucional.

Este cambio es una consecuencia de la concepción política constitucionalizada en 1978, de la fórmula política de nuestra Constitución, en definitiva, de las exigencias del Estado social y democrático de Derecho. Esta fórmula política ha supuesto, en lo que ahora importa, la consustan-

---

(312) MANUEL COLMEIRO: «Derecho Administrativo Español», tomo I, op., cit., pág. 330.

(313) A. DE LAUBADÈRE: «Traité élémentaire de Droit Administratif», tomo I, LGDJ, París, 1963, pág. 505.

(314) JEAN RIVERO: «Les libertés publiques», tomo I, PUF, 5.ª ed., París, 1967, págs. 199-200.

cialidad del orden público y de la libertad, como dice *Picard* en referencia a Francia (315), aunque plenamente asumible. Puede afirmarse así con *Gleizal* (316), que «la police est l'envers des libertés. Les deux termes sont indissociables et sont effectivement associés au sein du droit. Celui-ci est un lieu de réconciliation».

En su Sentencia de 25 de enero de 1985, el Consejo Constitucional francés hacía suya esta tesis de consustancialidad, que, sin embargo, no ha sido seguida de modo habitual, considerando el orden público con el marco y la condición de existencia de la libertad. Ello entraña, como se ha señalado (317), transmutar la visión del orden público como medio al servicio de la libertad o de los derechos constitucionales, haciendo de él la condición de su realización.

También entre nosotros el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. En su Sentencia 55/1990, el Juez de la Constitución destacará la doble función de garantía, positiva y negativa, de los derechos que se atribuye a las fuerzas policiales.

El Art. 104.1, afirma el Tribunal (318), trata de asegurar la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos al orden constitucional subrayando, en un plano positivo, y en la misma línea que el Art. 53.1 de la Constitución, la función de garantía de las libertades y derechos fundamentales que también corresponde a la Policía pero, al mismo tiempo, negativamente, destacando que la actuación de la fuerza de la Policía debe respetar también y garantizar las libertades y derechos fundamentales del ciudadano.

Es decir, no basta que la actuación policial tenga como norte hacer posible el libre ejercicio de los derechos por los ciudadanos, si no que es de todo punto inexcusable que al hilo de su actuación la Policía se muestre respetuosa con esos derechos. Lo contrario no sólo sería un contrasentido, sino que alejaría a las fuerzas policiales de lo que el constituyente ha querido de ellas.

Bien es verdad que toda actuación policial afecta a la libertad ciudadana, o por lo menos existe una gran posibilidad de que tal afectación se produzca como consecuencia del uso legítimo de la fuerza y de las

---

(315) ETIENNE PICARD: «La notion de police administrative», op., cit., pág. 541.

(316) JEAN-JACQUES GLEIZAL: «Le désordre policier», op., cit., pág. 102.

(317) CHRISTOPHE VIMBERT: «L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», op., cit., pág. 720.

(318) STC 55/1990, de 28 de marzo, fund., jur. 5.º.

medidas de coacción policial. Como dice *Gleizal* (319), «les policiers risquent continuellement de porter atteinte aux libertés publiques». No debe extrañar por lo mismo que los documentos internacionales relativos a la Policía, a los que ya hemos tenido oportunidad de referirnos, pongan el acento en la necesidad de una formación de los funcionarios policiales sensible a los derechos humanos. Así, el punto tercero del estatuto policial acogido por la Resolución núm. 690 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la «Declaración sobre la Policía», prevé: «El funcionario de policía debe recibir una formación general y profesional profunda antes y durante su servicio, así como una enseñanza apropiada en materia de los problemas sociales, de las libertades públicas, de los derechos del hombre, y particularmente en aquello que concierne a la Convención Europea de los Derechos del Hombre». Y en el Art. 2.º del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, se prescribe: «En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas». Pero aún hay algo más a destacar en relación con esta cuestión en el mismo documento. En su preámbulo, con evidente razón, se afirma que «las normas en sí carecen de valor práctico a menos que su contenido y significado, mediante la educación y capacitación, y mediante vigilancia, pasen a ser parte del credo de todo funcionario encargado de hacer cumplir la ley».

La Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ha previsto, entre los principios básicos de actuación de la Policía, como ya tuvimos oportunidad de exponer, diferentes normas orientadas a que los funcionarios policiales actúen de modo exquisitamente respetuoso con los derechos: sin discriminación, observando un trato correcto y esmerado con la ciudadanía, velando por la vida e integridad de los detenidos, etc. Y entre las funciones mediante cuyo desempeño las Fuerzas de Seguridad llevan a cabo sus misiones constitucionales, cabe recordar (Art. 11.1, b/ ) la de auxiliar y proteger a las personas. Ello no obstante, hemos de coincidir con *Sánchez Ferriz* (320) cuando advierte acerca de la escasa presencia de los derechos humanos en el articulado de la Ley.

---

(319) JEAN-JACQUES GLEIZAL: «La Police nationale», op., cit., pág. 240.

(320) REMEDIOS SÁNCHEZ FÉRRIZ: «Funcionarios públicos: su especial deber de protección y respeto a los derechos y libertades», en *Revista General de Derecho*, núm. 632, mayo 1997, págs. 5.247 y sigs.; en concreto, pág. 5.260.

## D) LA GARANTÍA DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

La garantía de la seguridad ciudadana es la segunda de las misiones constitucionalmente atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ya hemos indicado que la seguridad ciudadana se refiere básicamente a la protección de personas y bienes.

No falta entre la doctrina (321) quien considera que la Constitución, al referirse a la seguridad ciudadana, ha elevado a la categoría de fin lo que en puridad no es sino una función, es decir, uno de los caminos a través de los que se articulan los fines, pudiéndose explicar su inclusión constitucional, posiblemente, en la plasticidad del concepto de seguridad ciudadana y en lo arraigado de su vinculación a la tarea policial.

No concordamos con este criterio. Como se ha afirmado (322), la seguridad ciudadana responde a una de las necesidades humanas más fuertemente sentidas por amplios sectores sociales y hunde sus raíces en una de sus aspiraciones más profundas: la seguridad personal. Es por lo mismo por lo que estamos en presencia de un bien social, de un interés social, como lo considera un sector doctrinal (323), incluso, de uno de los pilares básicos de la convivencia, y por lo mismo se entiende perfectamente que haya sido positivizado al máximo rango normativo.

Hay que hacer notar que el Art. 104.1, al aludir a esta misión policial, utiliza el verbo «garantizar», frente al de «proteger» empleado en relación al libre ejercicio de los derechos. Estamos ante una diferencia que soborda lo puramente gramatical. Con el empleo del verbo «garantizar» hay que entender que se está subrayando una actividad de preparación vigilancia orientada a la disuasión. De ahí la relevancia de la prevención en orden a la salvaguarda de este «valor e interés constitucionalmente legítimo», como lo ha considerado el Juez de la Constitución (324).

Buena prueba de la trascendencia que el legislador ha dado a la prevención la encontramos en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, cuya ordenación normativa se orienta a la

---

(321) JAVIER BARCELONA LLOP: «El régimen jurídico de la policía de seguridad», op. cit., pág. 143.

(322) JAVIER BERRIATUA SAN SEBASTIÁN: «Aproximación al concepto de seguridad ciudadana», op., cit., págs. 737-738.

(323) TERESA FREIXES SANJUÁN Y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL: «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», op., cit., pág. 142.

(324) STC 105/1988, de 8 de junio, fund. jur. 2.º.

prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro, especialmente cuando las actuaciones perseguidas sucedan en espacios abiertos al público.

A través de la seguridad ciudadana se trata de conseguir un estado de normalidad cívica presidido por la sensación objetivable en los ciudadanos de ausencia de riesgos y de peligros (325), situación social ésta que, como ya hemos reiterado en distintas ocasiones, se orienta, a su vez, a posibilitar el libre ejercicio de los derechos y libertades (326).

En cuanto pilar básico de la convivencia, se comprende que el Estado moderno haya asumido el velar por la seguridad en régimen de monopolio. Sin embargo, como ya tuvimos ocasión de decir, los últimos lustros nos muestran la progresiva extensión por todas las sociedades de nuestro entorno de la realización de actividades de seguridad por otras instancias sociales o agentes privados. Como fenómeno cada vez más relevante, ha surgido la seguridad privada, y la necesidad de articular las facultades que puedan tener los ciudadanos de crear o utilizar los servicios privados de seguridad con las razones profundas sobre las que se asienta el servicio público de la seguridad, ha conducido a nuestro legislador a aprobar la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, que posibilita (Art. 5.º.1, a/ y b/ ) a las empresas de seguridad la prestación o desarrollo, entre otros, de los servicios de vigilancia o protección de bienes y de protección de personas, actividades ambas características de la seguridad ciudadana.

Terminaremos significando que la Ley Orgánica 2/1986, especialmente en su Art. 11, enumera las funciones concretas que han de asumir las Fuerzas de Seguridad en orden al cumplimiento de sus fines o misiones constitucionales, funciones que constituyen el punto de referencia de las habilitaciones puntuales de intervención de estas Fuerzas.

---

(325) ALFONSO J. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN: «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana», op., cit., pág. 151.

(326) La seguridad ciudadana cuya protección quede requerir de la intervención de las Fuerzas de Seguridad, según *Barcelona*, no puede ser otra que la que se altera o agrede a consecuencia de actos o comportamientos, normalmente humanos, que afectan negativamente a los bienes jurídicos cuya tutela material viene constitucionalmente asignada a la policía. JAVIER BARCELONA LLOP: «Seguridad ciudadana», en «Enciclopedia Jurídica Básica», vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6.095 y sigs.; en concreto, pág. 6.097.

## BIBLIOGRAFIA

- Agirreazkuenaga, Iñaki*: «La coacción administrativa directa» Civitas-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1990.
- Agirreazkuenaga Zigorraga, Iñaki*: «Nuevas coordenadas jurídicas en materia de seguridad privada», en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 43, septiembre-diciembre 1995, págs. 9 y sigs.
- Agirreazkuenaga, Iñaki*: «Perfiles y problemática de la seguridad privada en el ordenamiento jurídico español», en Revista de Administración Pública, núm. 118, enero-abril 1989, págs. 103 y sigs.
- Alonso Pérez, Francisco*: «La Policía Judicial» (Legislación. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios), 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 1997
- Ballbé, Manuel*: «Orden público y militarismo en la España constitucional» (1812-1983), Alianza Universidad, Madrid 1983.
- Ballbé, Manuel*: «Fuerzas de Orden Público», en el colectivo «La izquierda y la Constitución», Ediciones Taula de Canvi, Barcelona 1978, págs. 143 y sigs.
- Ballbé, Manuel*: «La policía y la Constitución» en *José María Rico* (comp.), «Policía y sociedad democrática». Ministerio del Interior, Madrid, 1983, págs. 89 y sigs.
- Barcelona Llop, Javier*: «El régimen jurídico de la de seguridad» (Un estudio de Derecho Administrativo) Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988.
- Barcelona Llop, Javier*: «Policía y Constitución», Tecnos, Madrid 1997.
- Barcelona Llop Javier*: «Agente de la autoridad», voz de la Enciclopedia Jurídica Básica, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, págs. 377-380.
- Barcelona Llop, Javier*: «Orden público», voz de la «Enciclopedia Jurídica Básica», vol. III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 4.630-4.635.
- Barcelona Llop, Javier*: «Seguridad ciudadana» (Derecho Administrativo), voz de la «Enciclopedia Jurídica Básica», vol. IV, Civitas Madrid, 1995, págs. 6.095-6.100.
- Barcelona Llop, Javier*: «Policías locales y competencias municipales en materia de seguridad y policía», en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 95, julio-septiembre 1997, págs. 365 y sigs.
- Barcelona Llop, Javier*: «Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español», en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 48, septiembre-diciembre 1996, págs. 81 y sigs.
- Barcelona Llop, Javier*: «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», en Documentación Administrativa, núms. 237-238, enero-junio 1994, págs. 333 y sigs.
- Barcelona Llop, Javier*: «Sobre las funciones y organización de las Fuerzas de Seguridad: presupuestos constitucionales problemática jurídica y soluciones normativas», en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 29, enero-abril 1991, págs. 9 y sigs.

- Barcelona Llop, Javier*: «Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en Documentación Administrativa, núm. 229, enero-marzo 1992, págs. 159 y sigs.
- Beristain, Antonio*: «La institución policial y su articulación con los derechos del ciudadano», en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 3, mayo-agosto 1982, págs. 57 y sigs.
- Bernard, P.*: «La notion d'ordre public en Droit administratif», LGDJ, París, 1962.
- Berriatua San Sebastián, Javier*: «Aproximación al concepto de seguridad ciudadana», en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 41, enero-abril 1995, págs. 737 y sigs.
- Bossard, André*: «Las funciones policiales», en José María Rico (comp.), «Policía y sociedad democrática», Ministerio del Interior, Madrid, 1983, págs. 99 y sigs.
- Braibant, Guy*: «L'Etat face aux crises», en «Pouvoirs», núm. 10, 1979 (monográfico sobre «Les pouvoirs de crise»), págs. 5 y sigs.
- Bussi, Emilio*: «I principi di governo nello Stato di Polizia», en Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, año IV, núm. 4, octubre-diciembre 1954, págs. 800 y sigs.
- Cano Hevia, Juan*: «Fuerzas Armadas», voz del «Diccionario del sistema Político español», dirigido por José Juan González Encinar, Akal Editor, Madrid, 1984, págs. 349-359.
- Carro, José Luis*: «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 29, abril-junio 1981, págs. 287 y sigs.
- Carro, José Luis*: «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 15, octubre-diciembre 1977, págs. 605 y sigs.
- Carro José Luis*: «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 27, mayo-agosto 1990, págs. 9 y sigs.
- Carro Fernández-Valmayor, José Luis*: «Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa», en Revista de Administración Pública, núms. 100-102, vol. II, enero-diciembre 1983, págs. 1.171 y sigs.
- Castells Arteche, José Manuel*: «La policía autónoma», 2.ª ed., Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1989.
- Castells Arteche, José Manuel*: «El marco normativo de los Cuerpos de Seguridad pública desde la vertiente competencial», en Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.), «Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí», Civitas, Madrid, 1989, págs. 207 y sigs.
- Corso, Guido*: «L'ordine pubblico», Il Mulino, Bologna, 1979. *Corso, Guido*: «Ordine pubblico», voz de la «Enciclopedia del Diritto», vol. XXX, Giuffrè, Milán, 1980, págs. 1.057 y sigs.
- Curbet Jaume*: «El modelo policial español», en José María Rico (comp.), «Policía y sociedad democrática», Ministerio del Interior, Madrid, 1983, págs. 75 y sigs.

- Chiapetti, Achille*: «L'attività di polizia» (Aspetti storici a dogmatici), CEDAM, Padova, 1973.
- Chiapetti, Achille*: «Polizia» (diritto pubblico), voz de la «Enciclopedia del Diritto», vol. XXXIV, Giuffrè, Milán, 1985, págs. 120 y sigs.
- Chinchilla Marín, Carmen*: «Prólogo» a su obra «Legislación sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», Tecnos, Madrid, 1986, págs. 11-19.
- Décocq, André* (y otros): «Le Droit de la Police», Editions Litec, París, 1991.
- Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel* (y otros): «Constitución, Policía y Fuerzas Armadas», Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel* (y otros): «Reforma policial y Constitución: algunas claves para su interpretación», en Revista de Administración Pública, núm. 109, enero-abril 1986, págs. 373 y sigs.
- Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel* (y otros): «El modelo policial ante el Tribunal Constitucional», en Revista de Administración Pública, núm. 123, septiembre-diciembre 1990, págs. 261 y sigs.
- Díaz-Maroto y Villarejo, Julio*: «La reglamentación sobre armas y la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana», en Revista de Administración Pública, núm. 128, mayo-agosto 1992, págs. 363 y sigs.
- Fernández Entralgo, Jesús* (y otros): «Seguridad Ciudadana» (Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera), Editorial Trotta, Madrid, 1993.
- Fernández Farreres, Germán*: «Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia de conflictos del Tribunal Constitucional», en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 14, mayo-agosto 1985, págs. 203 y sigs.
- Fernández Farreres, Germán*: «Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras entidades», en Revista de Administración Pública, núms. 100-102, vol. III, enero-diciembre 1983, págs. 2.545 y sigs.
- Fernández Segado, Francisco*: «Las Fuerzas Armadas» (Comentario al artículo 8.º), en Oscar Alzaga (dir.), «Comentarios a la Constitución Española de 1978», tomo I. Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, págs. 409 y sigs.
- Fernández Segado, Francisco*: «O réxime xurídico da protección civil en España: a Lei 2/1985, do 21 de xaneiro, de protección civil», y en Revista Galega de Administración Pública, núm. 16, mayo-agosto 1997, págs. 13 y sigs.
- Fernández de Velasco, Recaredo*: «La noción de policía», (Supuestos y consecuencias), en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 150, Madrid, 1927, págs. 759 y sigs.
- Fernando Pablo, Marcos M.*: «Policía y libertad sindical: desarrollo constitucional y desarrollo estatutario», en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 18, mayo-agosto 1987, págs. 25 y sigs.
- Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonel, José Carlos*: «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», en Revista de Estudios Políticos, núm. 87, enero-marzo 1995, págs. 141 y sigs.

- García de Enterría, Eduardo*: «Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 5, abril-junio 1975, págs. 203 y sigs.
- Garrido Falla, Fernando*: «Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 11, mayo-agosto 1953, págs. 11 y sigs.
- Garrido Falla, Fernando*: «Comentario al artículo 104», en la obra dirigida por él, «Comentarios a la Constitución», 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, págs. 1.446-1.449.
- Ghera, Edoardo*: «Libertà sindacale e ordinamento della polizia», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1976, parte prima págs. 656 y sigs.
- Gleizal, Jean-Jacques*: «La Police Nationale» (*Droit, et pratique policière en France*). Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1974.
- Gleizal, Jean-Jacques*: «Le désordre policier», Presses Universitaires de France, París, 1985.
- Götz, Volkmar*: «Allgemeines Polizeinund Ordnungsrecht», 9.ª ed., Göttingen, 1988.
- Groppali*: «Sul concetto di ordine pubblico», en el colectivo, «Scritti in onore di Santi Romano», vol. I, CEDAM, Padova, 1940, págs. 73 y sigs.
- Hauriou, Maurice*: «Précis de Droit Administratif et de Droit Public», 8.ª ed., Recueil Sirey, París, 1914, en especial, págs. 517 y sigs.
- Hirt, F.*: «Du Droit de la force publique», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1954, núm. 4, octubre-diciembre 1954, págs. 967 y sigs.
- Izu Belloso, Miguel José*: «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, abril-junio 1988, págs. 233 y sigs.
- Jar Couselo, Gonzalo y Pérez Martín, Juan-Luis*: «Legislación sobre Cuerpos de Policía» (Ambito estatal, autonómico y municipal), Dykinson, Madrid, 1997.
- Jimena Quesada, Luis*: «Configuración constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles en el marco de la Unión Europea», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 49, septiembre-diciembre 1997, págs. 167 y sigs.
- Jiménez Villarejo, José*: «La Policía Judicial: una necesidad, no un problema», en «Poder Judicial», número especial II, 1986, págs. 175 y sigs.
- López Garrido, Diego*: «La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista», Editorial Crítica, Barcelona, 1982.
- López Garrido, Diego*: «El aparato policial en España» (Historia, sociología e ideología). Editorial Ariel, Barcelona, 1987.
- López Garrido, Diego*: «Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», voz del «Diccionario del sistema político español», dirigido por José Juan González Encinar, Akal Editor, Madrid, 1984, págs. 358-370.
- López-Nieto y Mallo, Francisco*: «La Policía Municipal», Publicaciones Abella, Madrid, 1986.
- López Ramón, Fernando*: «La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

- López Ramón, Fernando:* «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Sebastián Martín-Retortillo* (coord.). «Estudios sobre la Constitución Española» (Homenaje al Prof. *Eduardo García de Enterría*), vol. III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2.547 y sigs.
- Lisbet Borrell, Francisco:* «Los cuerpos de policía provincial», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 65, enero-marzo 1990, págs. 101 y sigs.
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo:* «La cláusula de orden público como límite impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos», Civitas, Madrid, 1975.
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo:* «Bajo el signo de la Constitución», (en su parte tercera: «A vueltas con el orden público», conjunto de tres artículos: «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa»; «El orden público como límite —inesperado— al ejercicio del derecho de petición», y «Notas para la historia de la noción de orden público»), IEAL, Madrid, 1983, págs. 285 y sigs.
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo:* «Notas para la historia de la noción de orden público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 36, enero-marzo 1983, págs. 19 y sigs.
- Millán Garrido, Antonio:* «Régimen de la Guardia Civil», Editorial Trotta, Madrid, 1992.
- Morales Villanueva, Antonio:* «Administración Policial Española», Editorial San Martín, Madrid, 1988.
- Morales Villanueva, Antonio:* «La Guardia Civil. El artículo 8.º de la Constitución», en el colectivo «Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución», (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, págs. 2.767 y sigs.
- Morales Villanueva, Antonio:* «Limitaciones de las libertades de asociación y sindicación de los miembros de la Guardia Civil», en el colectivo «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 15 y sigs.
- Moreau, J.:* «Police administrative et police judiciaire. Recherche d'un critère de distinction», en *AJDA*, 1963, I, págs. 68 y sigs.
- Morena y de la Morena, Luis de la:* «La "seguridad pública" como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 109, enero-abril 1986, págs. 321 y sigs.
- Morena y de la Morena, Luis de la:* «Los conceptos de 'orden público' y de 'seguridad ciudadana' en la reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y su incidencia sobre las policías autonómica y municipal», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 234, abril-junio 1987, págs. 289 y sigs.
- Nieto, Alejandro:* «Algunas precisiones sobre el concepto de policía», en *Revista de Administración Pública*, núm. 81, septiembre-diciembre 1976, págs. 35 y sigs.

- Ortiz Díaz, José*: «Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» (Comentario al artículo 104 de la Constitución), en *Oscar Alzaga Villaamil* (dir.), «Comentarios a las Leyes Políticas», tomo VIII, EDERSA, Madrid, 1985, págs. 287-293.
- Pace, Alessandro*: «Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana», en *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, vol. CLXV, fasc. 1-2, julio-octubre 1963, págs. 111 y sigs.
- Pellisé Prats, Buenaventura*: «Orden público», voz de la «Nueva Enciclopedia Jurídica», Edit. Francisco Seix, tomo XVIII) Barcelona, 1966, págs. 505 y sigs.
- Picard, Etienne*: «La notion de police administrative», LGDJ, París, 1984.
- Pisier-Kouchner, Evelyne*: «La responsabilité de la police», Presses Universitaires de France, París, 1972.
- Posada, Adolfo*: «Idea jurídica y legal de la policía de seguridad en el Estado», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 91, Madrid, 1897, págs. 270 y sigs.
- Queralt, Joan J.*: «Necesidad, legalidad y oportunidad» (A propósito de la cobertura de la injerencia policial), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5) enero-abril 1990, págs. 135 y sigs.
- Raimondo, Marco di*: «Il sistema dell'Amministrazione delle pubblica sicurezza», CEDAM, Padova, 1984.
- Ranelletti, O.*: «La Polizia di sicurezza», en «Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano», a cura di V. E. *Orlando*, vol. 4.º, parte primera, Società Editrice Libreria, Milán, 1904, págs. 205 y sigs.
- Rico, José María*: «El poder discrecional de la policía y su control», en el colectivo «Policía y sociedad democrática» por él mismo compilado, Ministerio del Interior, Madrid, 1983, págs. 211 y sigs.
- Rojas Caro, José*: «Derecho Disciplinario Militar», Tecnos, Madrid, 1990.
- Rojas Caro, José*: «El fuero procesal de los miembros de la Guardia Civil», en *Revista General de Derecho*, núms. 517-518, octubre-noviembre 1987, págs. 5.739 y sigs.
- Romano, Santi*: «Principii di Diritto Amministrativo Italiano», 2.ª ed., Società Editrice Libreria, Milán, 1906, en especial págs. 223 y sigs.
- Sánchez Ferriz, Remedios*: «Funcionarios públicos: su especial deber de protección y respeto a los derechos y libertades», en *Revista General de Derecho*, núm. 632, mayo 1997, págs. 5.247 y sigs.
- Sandulli, Aldo M.*: «Manuale di Diritto Amministrativo», 10.ª ed., Casa Editrice Eugenio Jovene, Napoli, 1969, en especial, págs. 581 y sigs.
- Santamaría de Paredes, Vicente*: «Curso de Derecho Administrativo», Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903, en especial, págs. 256 y sigs.
- Thomas-Tual, Béatrice*: «Le code de déontologie de la police nationale: un texte passé inaperçu», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1991, núm. 5, septiembre-octubre 1991, págs. 1.385 y sigs.
- Tufarelli, G.*: «Polizia Amministrativa», voz en «Novissimo Digesto Italiano», vol. XIII, Torino, 1976.

- Vecchione, F.*: «L'attività di polizia come difesa dell'ordine pubblico», en Rivista di Polizia, 1980, págs. 644 y sigs.
- Villagómez Cebrián, Alfonso J.*: «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana», Xunta de Galicia-Ara Solis, La Coruña, 1997.
- Villar Palasí, José Luis*: «Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado», en Revista de Administración Pública, núm. 16, enero-abril 1955, págs. 11 y sigs.
- Vimbert, Christophe*: «L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», en Revue du Droit Public et de la Science Politique, 1994, núm. 3, mayo-junio 1994, págs. 693 y sigs.
- Virga, Pietro*: «La potestà di polizia», Giuffrè, Milán, 1954.
- Virga, Pietro*: «Diritto Amministrativo», vol. 4.º, Giuffrè, Milán, 1990, en especial, págs. 329 y sigs.
- Volpi, Mauro*: «Costituzione e Polizia», en Politica del Diritto, año XIV, núm. 1, marzo 1983, págs. 91 y sigs.
- Wolff, H. J.*: «Verwaltungsrecht», 2.º ed., Beck, Munich-Berlín, 1967.
- Zagrebelsky, Vladimiro*: «Magistratura e Polizia Giudiciaria», en Politica del Diritto, año VIII, núm. 3, junio 1977, págs. 229 y sigs.
- Zanobini, Guido*: «Corso di Diritto Amministrativo», vol. quinto, Giuffrè, Milán, 1950, en especial págs. 13 y sigs.
- AA. VV. «Policía y Seguridad: análisis jurídico-público», Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1990.
- AA. VV. «Policía y Sociedad» (Dirección General de la Policía), Ministerio del Interior, Madrid, 1990.
- Lavagna, Carlo*: «Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali», en «Democrazia e Diritto», 1967, págs. 361 y sigs.
- Labriola, S.*: «Il servizi di sicurezza dello Stato», Milán, 1978.
- Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis* (coord.), «Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil», Ministerio del Interior, Madrid, 1993.
- Raimondo, Marco di*: «Diritto di polizia», Maggiorioli Editores, Rímíni, 1993.
- Rico, José María y Salas, Luis*: «Inseguridad ciudadana y policía», Tecnos, Madrid, 1988.
- Virga Pietro*: «La potestà di polizia», Giuffrè, Milán, 1954.

## IMPUTACION DE RESULTADOS Y DERECHO PENAL MILITAR

### Examen de algunas consecuencias especiales de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito del Derecho penal militar

Carlos Pérez del Valle

*Comandante Auditor, Letrado del Tribunal Supremo  
Prof. Adj. Derecho penal, Universidad San Pablo-CEU, Madrid*

El examen crítico de decisiones jurisprudenciales constituye un punto de partida metodológico que hace la discusión dogmática especialmente fructífera, en tanto que se centra sobre un tema perfectamente delimitado (1). En mi opinión, en aspectos que son frecuente objeto de la actividad de los tribunales militares y, por ello, también en la Jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se presenta un campo idóneo para la discusión doctrinal, en particular cuando se examinan cuestiones del sistema de la teoría de la imputación. Este es, según creo, el caso de la STS de 12 de mayo de 1997, en la que la Sala V TS decide sobre la aplicación del Art.155 CPM y, en particular, a dos cuestiones de particular relevancia en la dogmática: la imputación del resultado y la culpa. Únicamente a la primera de ellas voy a dedicar este trabajo, pues creo que ofrece unas perspectivas de desarrollo muy particulares en relación con el Derecho penal militar. Sin duda, en algunos sectores doctrinales el desarrollo de la dogmática moderna conduce a desplazar aspectos relacionados con los deberes objetivos de previsión al tipo objetivo de tal modo que, en ámbitos de riesgo regidos por deberes profesionales específicos, como es el de la actividad de carácter militar, la respuesta a la cuestión tradicional de la causalidad se ve especialmente afectada por aspectos normativos.

---

(1) BACIGALUPO: «Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal», *PJ-40* (1993), pp. 31-40, en particular p. 31.

1. El planteamiento del problema en el recurso era, en sus términos esenciales, la discusión sobre la causalidad respecto del comportamiento del acusado.

En el relato de hechos probados de la sentencia se indica que el acusado, Sargento con la especialidad de químico analista, se encontraba al mando —con carácter accidental— de una Sección de Municionamiento en un Polvorín en el que, a lo largo de diferentes jornadas, se procedía a la quema de pólvora resultante del desbarate de munición. En la fecha en que sucedieron los hechos, se encontraban apilados en el exterior y en las proximidades del lugar en el que se quemaba la pólvora un total de 111 palets dispuestos en dos alturas a lo largo de cincuenta metros, y cada uno de ellos con tres empaques que contenían a su vez tres proyectiles desespoletados de la munición que se había desbaratado, así como cuarenta y cinco granadas de mano, material que se encontraba pendiente de traslado a una zona de costa para su fondeo en la mar. Se señala expresamente en el relato que el Sargento acusado conocía estas circunstancias y que podía determinar el lugar y el momento concreto de proceder a la operación de quema de la pólvora. A primera hora de la mañana, el Sargento realizó sin novedad una primera quema de forma habitual —extendiendo los saquitos que contenían la pólvora en hilera de unos veinte metros y con aplicación de fuego a uno de los extremos— en el lado de la cuneta contrario al que se encontraban los palets. Posteriormente procedió a una segunda quema con las mismas operaciones en el lado de la cuneta en el que se encontraban los palets, separados del extremo contiguo del reguero unos treinta y cinco metros. Terminada la operación de quema, el Sargento realizó una inspección ocular y, pensando que había tenido lugar sin novedad, se fue a otro lugar. No obstante, el Cabo que había auxiliado al Sargento en la operación observó después que salía uno de una de las cajas de los palets y avisó al Sargento, quien acudió de inmediato y con una carretilla elevadora separó la caja del grupo. Al observar que bajo esa caja también salía humo, se colocó en un lugar protegido junto con el Cabo. Durante media hora se produjeron explosiones de las que derivaron muy diversos daños materiales en el Polvorín valorados en más de 26 millones de pesetas; daños en propiedades y vehículos particulares; así como las lesiones de un soldado que sufrió conjuntivitis traumática que se curó sin secuelas y de otro que sufrió pequeños cortes en el dorso de las manos y en la cara provocados por la rotura de los cristales.

En el relato se hacen, además, otras dos referencias expresas al origen de las explosiones. Por un lado, se afirma que «las condiciones meteorológicas del día de autos no han podido ser absolutamente determinadas, pero en las localidades cercanas (...) se apreciaron rachas de viento entre 40 y 50 km/hora, siendo posible un inesperado cambio en la dirección del viento»; por otro, se indica: «el origen de las explosiones fue bien durante la quema, bien cuando el Suboficial consideró que había quedado concluida, pequeñas porciones encendidas del reguero de pólvora alcanzaron los palets que contenían la munición».

Frente a las conclusiones del tribunal de instancia, el recurrente manifestaba que «los daños ocasionados por las explosiones (...) no fueron efecto de acción u omisión directa alguna del recurrente» (fundamento jurídico 1 de la STS).

2. El recurrente, al aludir a la «acción u omisión directa» apunta a lo que estima son interferencias en el curso causal del suceso que implicarían, en su opinión, la imposibilidad de imputar el resultado al acusado. En realidad, aun cuando no se hace referencia en la sentencia a la alegación de estas interferencias en particular, no puede tener otro objeto la distinción entre acciones u omisiones «directas» e «indirectas». En otras palabras, en el recurso no se negaba la causalidad del comportamiento del acusado, sino la existencia de otras causas que determinan la exclusión de la imputación a ese comportamiento.

En estos términos, parece claro que el problema se intentaba formular en los términos de la denominada tradicionalmente «causalidad múltiple» (2). No obstante, ya en los orígenes de la teoría de la equivalencia de las condiciones y de la fórmula de la *conditio sine qua non* se había reconocido una misma relevancia causal a todas las condiciones del resultado (3). La dificultad es mínima en la aplicación de este criterio cuando todas las causas, suficientes por sí para producir el resultado (ejemplo clásico: dos dosis mortales de veneno), concurren para producir el resultado en un mismo momento, pues no parece discutible la imputación de la muerte a ambas (4).

Sin embargo, en el caso examinado no puede hablarse de que cada una de las causas sean suficientes para producir el resultado y sólo la concu-

---

(2) Cfr. FRITJOF HAFT: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> edición, Munich, 1987, 6-3.

(3) Cfr. MAXIMILIAN VON BURI, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885, pp. 2 y 3, con referencia a otros textos anteriores en el mismo sentido y a la crítica de BIRKMEYER.

(4) HAFT: nota (2), loc. cit., p. 61.

rrencia de diferentes causas provoca el resultado; en esos términos, desde la perspectiva de cada una de las causas en particular podría formularse el problema como de un «curso causal atípico» (5). En otras palabras: la alegación de que debe excluirse cualquier imputación del resultado al comportamiento del acusado sólo puede estar referida al desarrollo atípico (anormal) de cursos causales. Sin embargo, las perspectivas de éxito de una alegación de esta clase en el ámbito de la equivalencia de las condiciones son prácticamente nulas, pues «la causa originaria resulta en todo caso eficaz para el resultado “en su configuración concreta”» (6). En esos términos se desarrollaba la contestación del TS: «podría admitirse que la actuación del recurrente no fue la única causa de que una pequeña porción de pólvora encendida alcanzase el material explosivo —en realidad es muy difícil que un fenómeno cualquiera sea efecto de una sola causa— pues las explosiones no hubiesen tenido lugar ciertamente si los “palets” con los proyectiles y las granadas de mano no hubiesen sido depositados y dejados en un sitio próximo al que se utilizaba habitualmente para la deflagración de la pólvora procedente de la munición desbaratada, pero esta circunstancia no es capaz de eliminar en la conducta del recurrente su clara e inequívoca condición de causa “directa” del siniestro, pues en todo caso aquélla sería concausa de éste» (fundamento jurídico 2).

3. En la Jurisprudencia de la Sala de lo Militar el problema de la imputación causal del resultado no se plantea con frecuencia. En cierto modo, en alguna resolución reciente sobre la cuestión se observa que el tema planteado es el de la prueba, que adquiere prioridad no sólo sobre la base del planteamiento del recurso, sino también por el hecho de que la imputación del resultado. Una vez constatada la existencia del comportamiento del autor, no ofrece dificultades especiales. Este es el sentido de la STS 19 diciembre 1996, en la que se indica que el nexo causal cuya base probatoria se discutía en el recurso («no se pudo establecer el nexo causal entre los hechos probados y las lesiones») pudo establecerse a través de unas manifestaciones de un perito médico. El perito, al efectuar su juicio de experiencia científica sobre las lesiones sufridas por unos soldados, había considerado «inverosímil» que las lesiones se hubiesen ocasionado de una forma distinta a un «puñetazo» (7). Sin embargo, en otro caso ante-

---

(5) HAFT: nota (2), loc. cit., p. 61.

(6) HAFT: nota (2), loc. cit., p. 61.

(7) La sentencia añade algunas consideraciones sobre la falta de necesidad de la prueba de la imputación del resultado en un tipo que, como el de abuso de superioridad aplicado, no son exigidas las lesiones.

rior, la Sala V se enfrentaba, en un caso en el que el tribunal de instancia había aplicado el Art.159.2 CPM al cuestionamiento de la imputación del resultado en el marco de una concepción del tipo del delito imprudente vinculado a la denominada «conexión de antijuricidad» (8).

El acusado, Cabo Primero de la Guardia Civil, tras finalizar una clase de armamento y cuando todavía no habían abandonado la sala los asistentes (de 7,8 metros de longitud y 7 metros de anchura) comenzó a manipular la pistola que tenía asignada y de la que no había extraído el cargador con cuatro cartuchos. De este modo, la montó y en dirección hacia abajo, apretó el disparador. Se produjo un disparo que, atravesando la mesa en la que se encontraba, provocó el impacto contra el suelo del proyectil que se fragmentó en esquirlas. Las esquirlas rebotaron y alcanzaron a otros asistentes, que resultaron lesionados.

En cualquier caso, el TS considera «obvia la relación causal directa» entre la actuación del acusado y el resultado y niega la relevancia —destacada al parecer en el recurso— de que se desconozca la causa de que el autor apretase el disparador (en el relato de hechos de la sentencia se indicaba expresamente que lo apretó «por causa desconocida»). En ese sentido, me parece de especial interés alguna afirmación de la sentencia, como el hecho de que no «quepa trasladar la causación de las lesiones a las dimensiones del local o a su inadecuación, pues, sin la actuación del agente (...), el resultado no se habría producido». Hasta aquí, ciertamente, el criterio es muy similar al de la primera resolución indicada y es posteriormente cuando la sentencia acude, como lo había hecho la precedente de 23 mayo 1995, a la consideración de criterios normativos y, en particular, a la teoría de la imputación objetiva. Se indica, en este sentido, «que, además de la relación natural de causalidad existente entre la acción y el resultado de las lesiones, éste es expresión del riesgo creado por el autor del disparo, contrario al fin de protección de la norma» (9).

Precisamente sobre esta cuestión, la STS 23 mayo 1995 había señalado que «un resultado es objetivamente imputable cuando está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado median-

---

(8) Sobre la referencia de esta expresión a una cuestión que trasciende al tipo penal y queda inmersa en la totalidad de lo ilícito, cfr. CRAMER: en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 24 edición, München, 1991, § 15-115 En realidad, en la sentencia se acude a una concepción del tipo del delito imprudente mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia españolas (CEREZO MIR: «Curso de Derecho penal español-II» (Teoría jurídica del delito-1), 5.ª edición, Madrid, 1996, pp. 169 y ss).

(9) Cfr. . Sobre este criterio en la doctrina española, CEREZO MIR, nota (8), pp. 172 y ss.

te una acción creadora de riesgo o peligro, alcanzando un resultado que lesiona el bien jurídico genérico de la eficacia de las Fuerzas Armadas y (...) la integridad física de aquellas personas a las que alcanzan de forma peculiar los riesgos inherentes al uso de las armas».

## II

1. Como es sabido, la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado en el Derecho penal no es nueva (10) y se presenta en la actualidad como una opción generalmente aceptada para resolver las dificultades que las diferentes teorías de la causalidad presentan respecto a la imputación de resultados. Ciertamente, además, la tesis que adopta como punto de partida admisible la idea del «fin de protección de la norma» o del «ámbito de protección de la norma» (11) a la que se refiere la STS (5) 23 mayo 1995 ha sido recibida en la doctrina española calurosamente, bien como un criterio de determinación de la realización del riesgo en el resultado (12), bien como criterio que permite adoptar una decisión sobre si el riesgo crea de es jurídico-penalmente relevante a efectos de la imputación del resultado» (13).

La consideración de este aspecto requiere una reflexión sobre la forma en que la teoría de la imputación objetiva es aceptada en la doctrina y en la jurisprudencia y, en especial, la delimitación de los niveles en los que se desenvuelve la decisión. Como es sabido, una vez comprobada la existencia de la causalidad, la imputación del resultado requiere la verificación de los siguientes extremos (14):

1.º Si el comportamiento del autor implica un riesgo desaprobado (en negativo, no permitido).

---

(10) En relación con los orígenes de la discusión, cfr. Karl LARENZ: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927 en el derecho civil; Richard HONIG: «Kausalität und objektive Zurechnung», en HEGLER (dir.): *Festschrift für Reinhard von Frank-I*, Tübingen, 1930, pp. 174 y ss.

(11) Cfr. ROXIN: «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 133 y ss, en particular pp. 140-143.

(12) CORCOY BIDASOLO: *El delito imprudente-Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 561 y ss En la nota 1.119, p. 573, una referencia a las adhesiones doctrinales a este criterio.

(13) MARTÍNEZ ESCAMILLA: «*La imputación objetiva del resultado*», Madrid, 1992, p. 366.

(14) Cfr. . Por todos, BACIGALUPO: «*Principios de Derecho penal-Parte general*», 5.ª edición, Madrid, 1998, p. 188.

2.º) Si el resultado puede ser explicado por el riesgo desaprobado.

Estos niveles no sólo son propugnados como operativos por la doctrina (15), sino que son aceptados por la jurisprudencia de modo general en las decisiones en las que se ha puesto en cuestión la imputación del resultado. En ese sentido, la STS (2) 1311/1997 de 28 de octubre, ante la pretensión del Fiscal de considerar un riesgo permitido los disparos de los agentes de la Guardia Civil a las ruedas de un coche. Su argumentación se desarrolla en estos dos niveles:

1.º) En un primer nivel de determinación del riesgo permitido, la sentencia hace diversas precisiones:

a) Por una parte, afirma que «quien desde un coche en movimiento dispara sobre otro que también se mueve genera un riesgo específico no obstante su calidad y entrenamiento como tirador», de modo que «se aumenta considerablemente el riesgo de desvíos de los disparos y el peligro de las personas que se encuentran en el coche que es objeto de los mismos». De este modo, se alude al Art.5.2 c) y d) de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que indica que los agentes han de actuar conforme al «principio de proporcionalidad» con carácter general.

b) Por otro lado, se subraya que «no se da ninguna de las condiciones que permiten la creación de un riesgo del uso de las armas en público», pues el servicio de vigilancia consistía en controlar vehículos e identificar personas, en la búsqueda de delincuentes contra la propiedad. Para ello, la actuación dentro del riesgo permitido era la de «comunicarse con otros servicios —como efectivamente se hizo— para instar la detención del coche, sobre el que no pesaba ninguna sospecha específica, fuera del hecho —por otra parte nada anormal— de que la matrícula pertenecía a un municipio distinto al de Albacete».

2.º) En un segundo nivel, la sentencia niega que sea posible excluir la posibilidad de concreción del riesgo en el resultado, en particular con referencias a la autopuesta en peligro de la víctima, pues «no es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el peligro ya existen-

---

(15) Cfr. CORCOY BIDASOLO: nota (12), p. 293 y 379; MARTÍNEZ ESCAMILLA, nota (13), pp. 44 y ss. En la doctrina alemana parece existir una amplia coincidencia en esta división formal de los niveles, sin perjuicio de las diferentes fundamentaciones o contenidos que se atribuya a cada uno de ellos. Cfr. ROKIN, «*Strafrecht-Allgemeiner Teil-Bd.1*», Munich, 1992, 11-39 y 40, quien explica la forma en la que el «ámbito de protección de la norma» excluye la imputación en un segundo nivel de decisión y se refiere a la norma del deber de cuidado y no al tipo penal (11-70); ORTO, «*Grundkurs Strafrecht*», 6.II. 1, 4.ª edición, Berlín, 1992; JAKOBS, «*Strafrecht-Allgemeiner Teil*», 2.ª edición, Berlín, 1991, 7/35 y 72.

te, en el peligro ya creado por el autor previamente y no dirigido a la víctima, sino todo lo contrario», pues el autor «ha reaccionado creando un peligro sobre la víctima hasta ese momento inexistente».

Los criterios contenidos en esta sentencia permiten, desde mi punto de vista, avanzar una cuestión a la que he de referirme de inmediato: la imputación objetiva no sólo surge en su origen como una teoría normativa, sino que en algunas direcciones conoce una normativización tal que la hace especialmente adecuada para resolver problemas de imputación en el Derecho penal militar.

2. En cualquier forma, en la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS existen numerosos precedentes con referencias a la teoría de la imputación objetiva, en las que se adoptan criterios normativos de imputación de resultados (16). En particular, la distinción de dos niveles diferenciados de examen en la desaprobación del peligro y de la realización del peligro en el resultado a la que se ha hecho alusión aparecía ya con claridad en STS 26 octubre 1992 (17) y se acentúa a través de la consideración de la idea de riesgo permitido, con una especial profundidad en ámbitos especiales de riesgo y de uso de armas, como el de la actuación policial (18). De algún modo, este planteamiento requiere la desconexión de la idea del riesgo respecto a un concepto meramente descriptivo de la causalidad y, por tanto, una reflexión sobre los aspectos normativos en los que ese concepto se apoya.

En ese sentido, no es posible un examen de la jurisprudencia actual sobre la base de módulos estrictamente causales (19), aunque es cierto que

---

(16) Cfr. PÉREZ DEL VALLE: «Landesbericht-Spanien», en ESER/HUBER (dir.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 5.1 (1993/1996)*, Freiburg i. Br., 1997, pp. 729 y ss, en particular sobre algunas resoluciones anteriores a 1993, en p. 755 nota 73: SSTS 19 septiembre 1990; 1 julio 1991; 18 febrero 1991.

(17) Cfr. PÉREZ DEL VALLE: nota (16), p. 756.

(18) STS 1611/1997, de 28 octubre, a la que ha se ha hecho referencia expresa antes.

(19) No obstante, cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, «Derecho penal-Parte General», 2.ª edición, Valencia, 1996, p. 248, aunque reconoce su entrada en la jurisprudencia en p. 245. En cualquier caso, no coincido con las ideas expuestas, a propósito de este examen, por MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: a la existencia de distintos planos en la causalidad («plano causal ontológico» y «plano causal jurídicamente relevante» he de acudir en el texto de inmediato); pero lo que me parece claro es que el problema causal no es, como pretenden, algo «exagerado tanto cualitativa como cuantitativamente» (loc. cit., p. 249), pues no es cierto que «prácticamente sólo afecta al delito de homicidio y al delito de lesiones, o a aquéllos en los que estos resultados aparecen como cualificaciones de un delito base». Es claro que el problema alcanza, cuanto menos, a todo delito de resultado, y existen en este sentido indicaciones doctrinales claras sobre la aplicación de la teoría, por ejemplo, en la estafa (en la doctrina española: PÉREZ MANZANO: «Acerca de la imputación

no en todos los casos existe una clara delimitación entre criterios causales y normativos, o, más correctamente, entre argumentaciones en un nivel causal y en un nivel normativo.

Sin embargo, en el estado actual de la doctrina se critica una orientación normativista que se manifestaría en la referencia al plano de la valoración como aspecto decisivo, prescindiendo de la descripción de los hechos y de su correcta vinculación lógica (20). Este normativismo se presenta, por ejemplo, en la irrelevancia de la relación lógica entre el comportamiento del autor y el resultado, pues lo decisivo es si la relación entre el comportamiento del autor y el resultado ha defraudado o no la confianza de las normas jurídicas; es decir, si el autor ha establecido un nuevo riesgo para que se produzca el resultado o sólo ha variado meras «condiciones acompañantes». Frente a esta opción, se discute la posibilidad de que pueda diferenciarse un riesgo de otro, o una «condición» de una «condición acompañante» de modo que algunas modificaciones del «curso concreto al resultado» defraude la confianza en las normas y otra no (21).

3. En este orden de consideraciones, merecen una atención especial algunas explicaciones de la conexión normativa de imputación entre comportamiento y resultado que, a su vez, aportan una explicación convincente de la responsabilidad del autor respecto al resultado. En realidad, el fundamento de esa conexión se encuentra en la existencia de una posición de deber del autor, que hace posible la imputación del resultado lesivo o de creación de peligro a su esfera de responsabilidad. En otras palabras: la idea de la posición de garante no es sólo un concepto que corresponde a la omisión, sino también a los tipos activos, pues la distinción entre acciones y omisiones es irrelevante (22): no sólo ha de ser garante

---

estafa», en «Hacia un Derecho penal económico europeo», Madrid, 1995, pp. 285 y ss; cercano aunque con matizaciones, PÉREZ DEL VALLE, *CPC 59* (1996), pp. 373 y ss.; y que en esa consideración entrarían también los delitos de resultado de peligro, pues incluso se alude en ocasiones de forma especial a la imputación objetiva de este tipo de resultados (ROXIN AT, 11-113 y ss, a quien refieren como fuente fundamental en su concepción de la imputación objetiva en p. 245).

(20) Críticamente, frente a los planteamientos de JAKOBS, OTTO O SCHMIDHÄUSER; entre otros, PUPPE, «Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik», *GA-1994*, pp. 297 y ss., en particular p. 307.

(21) PUPPE: nota (20), p. 307.

(22) Cfr. sobre esta cuestión, BACIGALUPO, *Principios*, p. 165, con referencias a JAKOBS (AT, 7/56 y ss) y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADCP-1995*, pp. 187 y ss. Sobre una posible fundamentación de esta tesis en la distinción tomista entre causa formal y causa material, PÉREZ DEL VALLE, «La repercusión de los cursos causales hipotéticos en la atenuación de la pena», en CANCINO (dir.), *Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo*, Bogotá, 1999, pp. 217-218. Sobre el rendimiento metodológico de esta idea en la interpretación de los tipos de la parte especial, PÉREZ DEL VALLE: *La Ley 15 abril 1997*, pp. 1 y ss.

el autor omisivo, sino también el autor por comisión cuando responde de un delito activo de resultado (23). En el ámbito de la imputación objetiva estas consideraciones son decisivas, en tanto que un distanciamiento del autor respecto del comportamiento típico puede producirse cuando el resultado puede definirse dentro del ámbito de responsabilidad de otras personas o de la competencia de organización ajena al autor, en particular cuando pertenece a la propia organización de la víctima (24). La efectividad de la prohibición de regreso en ese sentido me parece clara, en la medida que permite excluir ya en el tipo objetivo la imputación del resultado en diferentes casos.

### III

1. La diferenciación entre deberes positivos y negativos surge como la cuestión esencial frente a la tradicional distinción entre acción y omisión (25), pero también como un aspecto esencial en la determinación de la posición de garante, pues lo sustancial en la imputación es el deber que surge de la responsabilidad del autor. Sin embargo, la existencia de deberes positivos y negativos no implica en ningún caso una asignación respectiva de prohibiciones y mandatos. Los ejemplos son muy claros: en relación con el deber de no dañar al peatón que cruza la calzada (deber negativo), quien conduce despacio su automóvil aproximándose al paso de cebra que cruza un peatón cumple con su deber no acelerando (prohibición), mientras que si lo hace deprisa debe frenar (mandato); el médico del hospital que responde del tratamiento del paciente (deber positivo) y debe operarle (mandato) tiene prohibido embriagarse (prohibición).

De forma especial son de interés aquí los deberes positivos, en la medida que los deberes propios de la institución militar pueden caracterizarse porque las expectativas que han de ser aseguradas son las propias de la institución. La confianza en que estas expectativas no serán defraudadas no procede del sinalagma libertad de comportamiento/responsabili-

---

(23) JAKOBS: AT, 7/58.

(24) JAKOBS: AT, 7/57.

(25) Estas consideraciones sobre los derechos positivos y negativos están tomados del texto de la conferencia pronunciada por JAKOBS en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona el 29 de mayo de 1998 con el título «Unterlassung» (Omisión) en el marco de las Jornadas sobre *Presente y futuro de la dogmática penal europea-La aportación alemana*, dirigidas por el Prof. SILVA SÁNCHEZ. El texto manuscrito de la conferencia había sido traducido por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES y se distribuyó a los asistentes en doble columna correspondiente al original alemán y al texto de la traducción.

dad por las consecuencias, sino de la confianza en la institución militar (26). En este caso, la «reducción de todas las instituciones a una sola, a saber, al sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias que se produce por la absolutización de la idea de que pueden existir legítimamente sociedades que sean liberales en forma extrema (...) resulta incluso para tales sociedades demasiado pobre» (27) y, especialmente, en las instituciones propias de las Fuerzas Armadas.

2. En particular, esta fundamentación puede explicarse en relación con los grupos de hechos que se pretende sancionar en algunos de los delitos contra los medios o recursos de la defensa nacional (Arts.57 y ss), contra la eficacia del servicio (Arts.155 y ss CPM) y contra la integridad del buque de guerra o de la aeronave militar (Arts.165 y ss) Es cierto que podría afirmarse que quien causa daños en instalaciones o medios de transporte (Arts.155 CPM) lo hace de acuerdo con su libertad de organización y que, por ello, responde de los daños causados en tanto de los riesgos originados por esa libertad son correlativos a la responsabilidad de las consecuencias. Sin embargo, no se explica entonces la razón por la cual, ante una lesión de la propiedad estatal, se trata al autor de una forma diferente a la prevista en el CP común para los daños (Art.265 CP) en la que la sanción es sólo para delitos dolosos con un límite máximo de la pena más grave. Si se acude al argumento del deber propio del militar respecto al material de guerra y medios materiales militares, no puede huirse, por un lado, de los argumentos propios de deberes institucionales; por otro, no se explica la razón por la que la imprudencia es sancionada expresamente en el Art.155 CP.

En realidad, la explicación es más sencilla de lo que aparenta la complicación de los argumentos: las expectativas en la actuación del militar respecto del material de guerra que se pone en sus manos o al que se le facilita el acceso no son referidas al militar en particular, sino a la institución militar. El militar que daña estos medios materiales infringe un deber positivo en el que, de forma mediata, está implicada la seguridad exterior. El cumplimiento del deber positivo respecto del uso correcto del material de guerra esta relacionado no sólo con el mandato de su utilización cuidadosa, sino también con la prohibición de dañar los medios. El deber positivo se infringe en el desarrollo de una maniobra innecesariamente peligrosa

---

(26) El deber del militar cuya infracción específica se sanciona en la mayor parte de los tipos de la parte especial del CPM es una institución positiva, en la medida que conmina a una organización determinada, en el sentido que expone SÁNCHEZ VERA y GÓMEZ-TRELLES en *Pflichtdelikt und Beteiligurs*, Berlín, 1999, pp. 95-96.

(27) JAKOBS: expresamente en el apartado III de la conferencia indicada en nota (25).

(quien vuela con un helicóptero en una zona de riesgo en condiciones atmosféricas inadecuadas con la única finalidad de demostrar su destreza ante sus jefes o sus compañeros) como en la no evitación del resultado lesivo para el material cuando existe el deber institucional de hacerlo (quien, estando encargado de la custodia del material, no lo guarda adecuadamente cuando se aproxima una tormenta de gran virulencia) (28).

En ese mismo sentido, el Art.165 CPM sanciona la infracción del deber positivo fundado en las expectativas garantizadas por la confianza en la institución. Esta garantía se ve reforzada al sancionar a personas que tienen competencia sobre el buque o la aeronave: el comandante o el oficial de guardia, otros miembros de la dotación o tripulación o el personal militar del servicio de ayuda a la navegación. La lectura de los Arts. 166 y 167 CPM permite alcanzar esta misma conclusión.

3. La manifestación de la incidencia institucional del deber en el ámbito del derecho penal militar es tan clara que, incluso en casos en los que el derecho penal común sólo permite sancionar con una infracción del deber de solidaridad mínima, la sanción refuerza considerablemente ese deber de solidaridad, como lo demuestran los Arts. 149 a 154 CPM. En especial, el texto del Art.154 CPM es en ese sentido evidente, pues prevé una pena privativa de libertad de cierta consideración para hechos que, de ser cometidos fuera de la institución, no merecerían sino la pena de multa (29). La explicación de una exigencia de un nivel superior de solidaridad surge de nuevo de la institución y no de la organización: el militar no tiene una mayor responsabilidad en el salvamento del compañero porque haya aceptado prestar servicio en las fuerzas armadas (en el supuesto de que fuese así) sino por la interacción propia de la institución entre sus miembros y la garantía de las expectativas que pesan sobre la institución sólo puede no defraudarse sobre la base de deberes de solidaridad reforzada (30).

---

(28) Esta interpretación no excluye la aplicación del Art. 11 CP, sino que más bien la complementa, sin perjuicio de las críticas que indiscutiblemente merece el texto de ese precepto: el deber positivo es el deber jurídico del autor.

(29) Cfr. . JAKOBS: AT, 28/11 Sobre los deberes de mínima solidaridad y el Art. 195 CP, cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal-Doctrina y Jurisprudencia-II*, Madrid, 1997, Art. 195-2 (p. 2.286).

(30) La solidaridad reforzada de la que hablo se deja notar también en el hecho de que, por ejemplo, sólo de modo «justificado» es posible excluir la sanción Si se tiene en cuenta la limitación clásica del estado de necesidad en casos (como el del militar) en el que existe la obligación de asumir el riesgo en algunas situaciones y la explicación dogmática del «riesgo» del Art. 195 CP (cfr. PÉREZ DEL VALLE: *Conciencia y Derecho penal*, Granada, 1994, p. 140; también LÓPEZ BERJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, nota (28), Art. 195-9, pp. 2291-2292), la exclusión de esa expresión supone también la necesidad de que el militar, para auxiliar al compañero, asuma ciertos riesgos.

En ese orden surge una duda de consideración. Sobre determinadas actuaciones del superior jerárquico pesa la garantía de salvación de los subordinados; es decir, la posición de garante de evitación de resultado fundada en su función en el marco de la institución. La responsabilidad en esos casos no puede ser sólo la del cumplimiento de deberes de solidaridad, pues el superior tiene a su cargo un deber positivo de garantizar las expectativas de salvación de sus subordinados, de tal modo que debería responder por el resultado de esa infracción en el caso de que pudiese imputarse a su comportamiento. No ignoro que la imputación de un homicidio del Art.138 CP —en la terminología usual, en comisión por omisión— plantearía serias dificultades desde la perspectiva de atribución de competencia, y la solución —que me ofrece algunas dudas, en la medida que la posición de garante está fundada en el mismo deber que fundamenta la agravación— sólo podría proceder de la aplicación del Art.104 CPM. cuando se ha producido un resultado de muerte Sin embargo, me parece que cabe suscitar una duda de interpretación precisamente sobre la base del Art.11 CP, que puede ser reconocida también como una sugerencia de *lege ferenda*: si la imputación de resultados de delitos comunes del CP común encuentra su respaldo en deberes institucionales militares, el delito no puede ser considerado común tampoco desde la perspectiva de la competencia de jurisdicción.

#### IV

1. Los criterios expuestos permiten formular algunas observaciones, criterios en relación con la imputación objetiva en casos en los que el autor está apoyado en deberes institucionales militares. El primer aspecto a tratar puede ser el último de los indicados antes y, en particular, la responsabilidad del superior jerárquico en relación con el resultado lesivo de sus subordinados en el marco de la institución (31). En mi opinión, son aplicables los criterios de distanciamiento de la responsabilidad que se utilizan para delitos en los que la responsabilidad se debe a la libertad de organización del autor (prohibición de regreso) (32). En ese orden, debe ser particularmente relevante el criterio de los resultados que caen dentro

---

(31) No obstante, también sobre la posibilidad de fundamentar la responsabilidad también en un deber institucional que obligue a la solidaridad, como sucede en casos de especial confianza, JAKOBS (AT, 7/66).

(32) Cfr. BACIGALUPO: *Principios*, pp. 192 y ss.

de la propia esfera de responsabilidad de la víctima o cuando el peligro pasa a ser competencia de un tercero (33).

a) En el primer caso, no existirá responsabilidad del superior cuando el subordinado ha desobedecido sus órdenes y se ha colocado en una situación que origina el riesgo en el que se encuentra, pues el peligro es sólo responsabilidad del subordinado; sólo en el caso en que no exista grave riesgo, el superior seguirá obligado, aunque ya no como garante del resultado, sino exclusivamente por el deber de solidaridad reforzada de la institución (Art.154 CPM).

b) En el segundo, no existirá responsabilidad del superior por el resultado lesivo cuando la acción de salvamento sea asignada a otro grupo o unidad diferente a aquél en el que se encuentra el superior, como sucedería cuando se le da la orden de dejar al herido para que sea recogido por una unidad sanitaria. El distanciamiento de la responsabilidad por el resultado se debe aquí a la propia distribución de competencias de la institución, que puede repartir responsabilidades para asegurar las expectativas sin contar con la voluntad expresa de las personas obligadas.

2. En segundo término, ha de examinarse la repercusión en el delito contra la eficacia del servicio del Art.155 CPM de los criterios aportados. De acuerdo con lo que se ha señalado hasta ahora, la responsabilidad del autor viene determinada por cualquier infracción del deber positivo que vincula al militar con el material que se describe en el tipo penal. La respuesta en el primer nivel de decisión sobre la imputación objetiva del resultado ¿existe un peligro jurídicamente desaprobado? está sustancialmente vinculada a la existencia de posición de garante. Sólo si puede afirmarse que existe distanciamiento de la esfera de responsabilidad del autor, puede mantenerse que no existía un peligro jurídicamente desaprobado, independientemente de la intervención de diferentes cursos causales y prescindiendo de la comprobación simultánea de elementos subjetivos que distorsionan la posibilidad de constatar un peligro jurídicamente desaprobado.

En un segundo nivel, ¿es el resultado la realización del peligro desaprobado? la solución es más sencilla. Si, pese a la posición de garante del autor respecto al resultado, el conjunto de informaciones que la infracción del deber positivo de aquél proporciona no permite explicar el resultado, éste no puede serle imputado (34). Ciertamente, si se estima que las hipó-

---

(33) Sobre la primera posibilidad, cfr. JAKOBS: AT, 7/61, sobre la realización de acciones que provocan un daño en una esfera que no es de su competencia.

(34) Cfr. JAKOBS 7/72.

tesis son irrelevantes, el problema decisivo es tan sólo el aislamiento del riesgo (35).

El problema de la evitabilidad del error propia de la imprudencia, que aparece como el elemento propio del tipo subjetivo del Art.155 CPM es una cuestión distinta, a la que se ha de aludir después. Pero, en cualquier caso, es evidente que se trata de la evitabilidad individual del error y no de una evitabilidad objetiva que ya está inmersa en las propias reglas del deber positivo que corresponde a quien ocupa la posición en la estructura de la organización (36).

3. En relación con la STS de 12 de mayo de 1997 la solución, de acuerdo con estos criterios, sería más sencilla. En realidad, el problema derivado de si «la actuación del recurrente fue la única causa», es, en el primer nivel de la imputación objetiva, irrelevante. El único aspecto que debería cuestionarse es si el deber positivo del sargento especialista acusado abarcaba el control de los diferentes riesgos que se pudieron constatar. La afirmación de que las explosiones se produjeron como consecuencia de la proximidad entre «los “palets”» con los proyectiles y las granadas de mano» y el lugar en el que habitualmente se llevaba a efecto «la deflagración de la pólvora procedente de la munición desbaratada» no es sino una reflexión sobre la existencia de causalidad. Incluso si se considerase aceptable la hipótesis de que las condiciones meteorológicas pudiesen haber influido en el suceso, se trataría de un eslabón más a añadir en la cadena causal, pero en ningún caso implica una decisión sobre la imputación del resultado.

El núcleo de la cuestión se encuentra, por tanto, en la determinación de la competencia del sargento especialista: su deber positivo enmarcado en la institución militar, que responde del uso correcto del material explosivo y de la pólvora con el control sobre los efectos en personas y bienes. Es evidente que dentro de su competencia se encontraba el control de las explosiones y la decisión del lugar y la forma en la que éstas tenían que llevarse a efecto. Es decir: la segunda quema en el mismo lado de la cuneta —a diferencia de la primera, que se llevó a efecto en el otro lado— en el que estaban almacenados los proyectiles y las granadas de mano fue decidida por el sargento en condiciones que provocaban un riesgo grave

---

(35) Cfr. JAKOBS: 7/74; BACIGALUPO, p.195.

(36) Sobre la evitabilidad individual como elemento propio del tipo penal del delito imprudente, STRATENWERTH, *Strafrecht-Allgemeiner Teil-1*, 3.ª edición, Köln, 1099; JAKOBS: AT, 9/8 y ss. Críticamente, en la doctrina española, CEREZO MIR: nota (8), pp. 155-156.

por la proximidad. Precisamente el deber positivo que afecta a personas y bienes de la institución permite que la competencia sobre el control de la quema de la pólvora abarque, sin duda, las condiciones de lugar y de tiempo de la operación. Por tanto, también el sargento era garante de las condiciones en las que se adoptó la decisión de realizar la quema. Desde esa perspectiva, me parece claro que puede afirmarse, en un primer nivel, que el sargento introdujo un riesgo desaprobado al infringir sus deberes institucionales (deberes jurídico-positivos que le competen por su posición en la institución militar).

4. En un segundo nivel, no parece que pueda ser negado que el cúmulo de información que deriva del riesgo permite explicar el resultado y que, por tanto, el resultado debe ser imputado al comportamiento del sargento acusado. Como se ha señalado, el deber respecto a las personas y bienes que recae sobre quien tiene la competencia de manejar explosivos se construye, desde la perspectiva de la institución, como un deber positivo de acuerdo con el cual debe ser controlada la explosión con sus condiciones de lugar y tiempo y, por tanto, en atención de las condiciones ambientales. Del mismo modo que parece clara la improcedencia de iniciar la quema de munición en momentos en que va a comenzar a caer una tormenta, el autor debe considerar —al menos de forma aproximada— la eficacia del viento en cuanto su velocidad y dirección pueden afectar a la quema de pólvora. En otras palabras: aunque el viento hubiese sido muy fuerte, entraba dentro de la competencia del responsable de la quema de la pólvora la comprobación de estos aspectos. La explicación es simple si se adopta el punto de partida del deber positivo: el viento no significa, desde la perspectiva del especialista en la quema de la pólvora, un riesgo general de la vida que permita excluir la imputación (37), sino un aspecto que afecta a su deber. Evidentemente, no forma parte del deber del especialista —cuya infracción implica un comportamiento jurídicamente desaprobado en los términos a los que anteriormente se ha hecho referencia— controlar la velocidad del viento, puesto que se trata de un fenómeno de la naturaleza que no puede ser sometido o limitado en sí mismo con su intervención; sin embargo, sí constituye deber del especialista la ponderación de la influencia de la velocidad y dirección del viento de acuerdo con las condiciones del lugar y tiempo de la quema. El problema, en cualquier caso, ha de tratarse de forma diferenciada en los distintos resultados; sin embargo, la razón de este tratamiento diferenciado no es en

---

(37) Sobre estos riesgos generales y su efecto en la imputación, BACIGALUPO: Principios, p. 195.

absoluto que se trate de efectos causados de diferente naturaleza —es decir, la «diferenciación natural» entre los daños y las lesiones, por ejemplo— sino las condiciones en las que han tenido lugar —es decir, la «diferenciación formal» entre las lesiones de un soldado a quien se le incrusta en el rostro un pequeño cristal procedente de una ventana cercana que estalla y los daños del mismo polvorín en el que produjo la explosión— estos mismos resultados.

En este sentido, ha de subrayarse que el hecho de que el resultado haya sido, en un sentido natural, «directa» o «indirectamente» ocasionado, suele ser intrascendente por sí mismo, ya que, en general (38), sólo cuando la «mediación» —es decir, el resultado «indirectamente» causado— esté constituida por un riesgo general de la vida que explique por sí mismo el resultado podría afirmarse que debe quedar excluida la imputación del resultado. En otras palabras: el resultado de la conjuntivitis traumática y los cortes en las manos o en la cara pueden ser explicados mediante la explosión, pues ningún riesgo general de la vida permite explicar por sí mismo el resultado.

a) En el caso del estallido de la ventana: los estallidos de las ventanas no son en sí mismos un fenómeno natural, y su causa puede encontrarse tanto en un fenómeno natural que constituya un riesgo general de la vida (un movimiento sísmico, por ejemplo) como en un comportamiento individualmente evitable que constituya un riesgo jurídicamente desaprobado. En este último caso, el corte derivado del impacto sobre el rostro de un soldado se explica por el estallido, y si ésta se debe, como en el caso que se comenta, a la explosión como peligro desaprobado, debe ser imputado objetivamente al autor.

b) En el caso de la conjuntivitis traumática (suponiendo que estuviese provocada por un objeto que golpea en el ojo al soldado lesionado): los objetos o los fragmentos de objetos contundentes se mueven por el aire de forma autónoma, de modo que el impulso de ese movimiento puede explicar el resultado; si el impulso es una explosión, resulta claro que el resultado puede ser explicado por ésta.

Estas argumentaciones son, en mi opinión aplicables al problema de la imputación de resultados de daños en vehículos y propiedades particu-

---

(38) Puesto que, como se ha señalado, si la «mediación» consistiera en el comportamiento doloso de un tercero en los términos tradicionales de la teoría de la prohibición de regreso (aunque sea bajo una terminología diferente, como sucede en el caso de ROXIN: AT, 1992, 11-104 y ss, que habla de «esfera de responsabilidad ajeno o de un tercero» en este segundo nivel), la imputación ya hubiera quedado excluida en el nivel precedente, pues el autor ya no sella garante del resultado lesivo.

lares y también a la conjuntivitis traumática, en el caso de que hubiese sido producida por una caída de la víctima; en realidad, es la complejidad de los riesgos que introduce una explosión lo que permite abarcar este amplio campo de resultados.

5. Por último, queda una referencia al problema de la imprudencia. Como se ha visto, en la argumentación utilizada hasta ahora no se ha hecho alusión alguna a lo que el autor conocía o debía conocer, y precisamente es este aspecto el que puede garantizar que pueda alcanzarse con cierto rigor una conclusión aceptable. La argumentación se ha desarrollado estrictamente en el ámbito del tipo objetivo y, de cualquier forma, se ha absorbido en su totalidad la tradicional cuestión de la «infracción del deber objetivo de cuidado». Al discutir sobre la existencia de la posición de garante y del deber positivo que deriva de la posición institucional del responsable, se ha resuelto simultáneamente todo el grupo de cuestiones que se planteaban como infracción del deber objetivo de cuidado en una construcción del tipo del delito imprudente que adoptaba una estructura separada y sustancialmente distinta de la del delito doloso.

La evitabilidad de la imprudencia es, por tanto, evitabilidad individual del error (39), de la misma forma que la evitabilidad del dolo (del comportamiento doloso) es también individual. La cuestión es, por tanto, teóricamente sencilla: si el autor conoce, en el momento de su comportamiento, el riesgo concreto que introduce, actúa dolosamente; si lo desconoce como riesgo concreto —es decir, si tiene una representación del riesgo abstracto o si no se lo representa en absoluto— y ese desconocimiento es evitable, el comportamiento es culposos.

En el caso que trato de comentar, es claro que debe rechazarse el dolo e incluso la representación del riesgo abstracto de la explosión. Sin embargo, este desconocimiento del riesgo de explosión —desconocimiento como ausencia de representación actual— era individualmente evitable, en la medida que las condiciones ambientales podían ser tenidas en consideración por el autor. El problema se encuentra fundamentalmente en la previsibilidad de los resultados lesivos, y especialmente de aquellos de sujetos o objetos cuya existencia o disposición hacia la lesión o el daño en caso de que se produjese la explosión era desconocida por el autor. Sin embargo, es suficiente aquí con una previsibilidad genérica: basta con que el autor se pudiese representar que los cristales de las ventanas de casas o de vehículos estallan cuando se produce en las cercanías

---

(39) JAKOBS: *AT*, 9/7 (previsibilidad de un riesgo) y 8 (individual).

una explosión; y que en el interior de los edificios o de los vehículos pueden encontrarse personas que pudieran sufrir lesiones.

El hecho de que el autor regresara al lugar avisado por el cabo que le había auxiliado y separase la caja del grupo, implica que el autor hizo todo lo posible para evitar el resultado lesivo (40); es decir, se trata de un dato que permite afirmar que no existía dolo, pues quien hace todo lo que está en su mano para evitar el resultado muestra que, en el momento de su comportamiento, no advertía que ese resultado fuese un riesgo concreto (41). En relación con la culpa, sin embargo, no aporta ningún dato que permita excluir la inevitabilidad individual de su desconocimiento —de su error— y, por ello, este dato no permite afirmar ningún aspecto que afecte a la tipicidad. La asunción de un riesgo personal para evitar la explosión o cualquiera de los resultados lesivos que podrían derivar de ella, sin embargo, debería ser considerada como un elemento que afecta a la culpabilidad (mediante una atenuación de la pena) en tanto que implica una compensación a través del reconocimiento de vigencia de la norma jurídica violada (la infracción del deber positivo); la duda sobre la vía que ofrece la ley para respaldar este efecto no debería impedir en ningún caso su aplicación, pues frente a la redacción de los Arts. 21.4 y 5 CP quedaría el recurso a la aplicación analógica del Art.21.6 CP.

6. En la argumentación precedente he intentado tan sólo explicar la forma en la que una fundamentación normativa de la imputación de resultados puede cooperar a una aplicación correcta de tipos penales que tienen un substrato normativo muy relevante, como sucede en el derecho penal militar. El tipo penal no es nunca sólo un «supuesto de hecho» que sirve de premisa menor para un silogismo perfecto, tal como se entendió siempre por los positivistas, y en el derecho penal militar esto es mucho más claro si se considera que los deberes establecidos en las normas cuya vigencia protege son deberes institucionales, que no se encuentran —en su asunción o extinción— sometidos a la mera voluntad del afectado por los mismos, sino a la estructura institucional en la que se desenvuelven. Por ese motivo, una teoría de la imputación que se apoya en la delimitación de esferas de responsabilidad a través de la descripción de posicio-

---

(40) Sobre este criterio en relación con el concepto de dolo, cfr. Armin KAUFMANN: «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau» (1958), en la colección de trabajos del autor *Strafrecht zwischen Sein und Wert*, Köln, 1983, pp. 59 y ss, en particular pp. 67 y ss.

(41) En relación con los criterios de prueba del dolo, PÉREZ DEL VALLE: «La prueba del error en el proceso penal», *RDPr-1994*, pp. 413 y ss; también en *Teoría de la prueba y Derecho Penal*, Madrid, 1999.

nes de garante permite obtener, desde mi punto de vista, prestaciones que quedarían imprecisamente configuradas en otro caso. Los resultados, salvo en casos muy extremos, no suelen ser diferentes, pero la argumentación aporta una mayor claridad en la conexión entre infracción del deber propio del autor y tipo penal y en el mantenimiento de vigencia de las normas jurídicas propio de la sanción dentro de la institución a la que afectan estos deberes.

## **2. NOTAS**

# LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE PREVENCIÓN DE LOS JUICIOS DE TESTAMENTARÍA Y AB INTESTATO (\*)

Dr. D. Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín  
*Catedrático de Derecho Procesal*  
*Universidad de La Coruña*

## I. INTRODUCCIÓN

El efecto jurídico más característico, probablemente, que origina el fallecimiento de una persona es el de la subrogación de otra persona en los bienes y derechos transmisibles pertenecientes al fallecido en el momento de su muerte; y por yuxtaposición de sus dos modalidades de sucesión *universal* y sucesión *particular*, se define como «la sustitución de una persona en el conjunto de *relaciones jurídicas transmisibles*, que correspondían, al tiempo de su muerte, a otra, o en *bienes y derechos determinados* dejados por el difunto» (1).

En el momento presente el fundamento de la sucesión *mortis causa* ha alcanzado rango constitucional al reconocerse en el art. 33.1.º de la C.E., además del derecho a la propiedad privada, el derecho a la herencia (2).

---

(\*) Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación (I+D) financiado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica (DGICYT) del Ministerio de Educación y Ciencia sobre: *La exigencia de la responsabilidad penal y disciplinaria en el ámbito castrense. Su control jurisdiccional* (PS93-0061), cuya investigadora principal es la Prof. Drª D.ª M.ª DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

(1) CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo Sexto (Derecho de Sucesiones). Vol. Primero (La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte). 9ª Ed. (revisada y puesta al día por CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª. y BATISTA MONTE-RÍOS, J.). Madrid 1989, págn. 43.

(2) Vid.: ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *Curso de Derecho hereditario*. Madrid 1990 en relación con la significación social actual del derecho hereditario afirma: «...La

Desde la indicada perspectiva constitucional la Ley Procesal Militar (3) (4) —en lo sucesivo LPM— establece normas procesales específicas en materia de prevención de los juicios de testamentaria y *ab intestato*, en función, no de la condición subjetiva del causante o del heredero (5), sino de las circunstancias excepcionales en que se produce el fallecimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas (6) —que se concretan por el Art. 519 de la LPM— en el hecho de que se haya producido «en campaña o navegación».

## II. REGULACION LEGAL

Los Arts. 519 a 521 de la LPM, ubicados sistemáticamente, en la Parte Segunda del Libro IV de la LPM, regula las únicas manifestaciones de la actividad jurisdiccional civil que se contienen en la LPM, relativas a la prevención de los juicios de testamentaria y *ab intestato* (7).

---

herencia debe ser instrumento al servicio de la dignidad de la persona en el marco de la función social de la familia, y de los principios rectores de la política económica y social del Estado. El derecho sucesorio no se debe convertir en instrumento de formación de estirpes familiares propietarias, ni en un medio de acaparar por unos pocos las riquezas espirituales y materiales de un pueblo. Muy al contrario, en la misma raíz conformadora del derecho sucesorio se deben buscar como específicos principios justificadores la función de dividir y desvincular la propiedad...» (pág. 17).

(3) Aprobada por L.O. 2/1989, de 13 de abril.

(4) Con la Ley Procesal Militar se ha completado el bloque legislativo correspondiente a la reforma de la justicia militar, tratando de conseguir tres objetivos fundamentales:

1.º Regular el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con el mandato de la C.E.;

2.º Cohonestar la justicia militar con la ordinaria, en aplicación del principio constitucional de unidad jurisdiccional;

3.º Dar celeridad a la administración de justicia, y claridad y simplificación a los mecanismos para su aplicación (JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción militar*. REDM, 1989, núm. 53 (Vol. I), pág. 25.

(5) Vid.: Art. 169 de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por L. 85/1978, de 29 de diciembre —en lo sucesivo ROFA—.

(6) Vid.: SILGUERO ESTAGNAN, J. *Peculiaridades de la sucesión «mortis-causa» en el ámbito castrense*. Revista General de Marina (RGM), 1994, febrero, pág. 169.

(7) Precedentes de la indicada regulación se encuentran en los Arts. 740 a 744 del Código de Justicia militar de 27 de setiembre de 1890; Arts. 465 a 469 de la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina de 10 de noviembre de 1894, Arts. 38.1, 41 a 43, 1063 a 1.066 del Código de justicia Militar de 17 de julio de 1945 —vid.: MALDONADO RAMOS, J. *De la prevención de los juicios de testamentaria y ab intestato*. en «Comentarios a las Leyes Procesales Militares». Tomo II —con VV.AA. y SÁNCHEZ GUZMÁN, E. como Coord.—. Madrid 1995, págs. 2.237-2.238.

Los Arts. 519 a 521 de la LPM suponen la culminación en la progresiva reducción de la competencia de la jurisdicción militar en el conocimiento de los negocios civiles (8) (9) que, con la salvedad de la lamentable situación originada con la posterioridad al final de la guerra civil española (10), se había iniciado con el Decreto Ley de Supresión de Fueros de 6 de diciembre de 1868 (11) (12) —cuya declaración de unidad de la jurisdicción civil se reafirma por la LOPJ de 1870 y el Art. 51 de la LECv, de 1881—, proclamando el Código de Justicia Militar de 1890, la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina de 1894 y Código de Justicia Militar de

(8) Lo que no deja de ser una manifestación mas de la adecuación de la jurisdicción militar a los mandatos constitucionales —vid.: GARCÍA BALLESTER, J. «*La jurisdicción militar y Constitución española*». R.E.D.M., 1991, núm. 58, págs. 153-170; FERNÁNDEZ SEGADO, F. «*El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia*.» en «Cuadernos de Derecho Judicial. La jurisdicción militar». Madrid 1992, págs. 11-100; CANOSA USERA, R. «*Configuración constitucional de la jurisdicción militar*». PJ., 1994, núm. 34, págs. 9-37.

(9) La reducción de la jurisdicción militar en el ámbito del proceso penal se hace a partir de la interpretación del término «ámbito estrictamente castrense», contenida en el Art. 117.5.º de la C.E. (vid.: FERNÁNDEZ SEGADO, F. «*La Jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional*» (la problemática del Art. 117.5 de nuestra Constitución. R.D. Pub., 1982, núm. 88, págs. 533-592) mediante la conjugación de tres elementos: materia (atribuyendo a la jurisdicción castrense todas aquellas conductas tipificadas como delito militar), lugar (la jurisdicción militar sólo conocerá de los hechos cometidos en zonas o emplazamientos militares), persona (todas las personas consideradas militares quedan sujetas a la jurisdicción castrense) —vid.: FERNÁNDEZ SEGADO, F. «*La reforma del ámbito competencias de la jurisdicción militar*». RCEC, 1991, núm. 9, págs. 73-76 sobre el denominado «tríptico de atribución de competencias.».

(10) PEDRAZ PENALVA, E. *La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España Nacional. (jurisdicciones ordinaria y especiales)*. En «Justicia en Guerra». Madrid 1990, págs. 337-371.

(11) Este Decreto-Ley se divide en cinco títulos, el primero de los cuales trata «de la refundición de los fueros especiales en el ordinario», declarando que, a partir de su promulgación, se atribuía a la jurisdicción ordinaria la competencia para el conocimiento, —de los negocios comunes, civiles y criminales, de los aforados de Guerra y Marina de todas clases, de retirados del servicio y de los de sus mujeres, hijos y criados, aunque no estén en el activo...».

Es materia del título III la «jurisdicción de Guerra y Marina», determinando los delitos que se atribuyen a su conocimiento por la naturaleza del mismo o por razón de la persona que lo cometiере; también se considera materia de su competencia la prevención de los juicios de testamentaría y abintstato de los militares y marinos muertos en campana o navegación (vid.: MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión General de Codificación. *Crónica de la Codificación Española*. Tomo I (Organización Judicial). Madrid 1970, pág. 96.

(12) Poniendo fin a una situación caótica de nuestra organización judicial (cfr.: Montero Aroca, «*Unidad de jurisdicción y Tribunales especiales*». en «Estudios de Derecho Procesal». Barcelona 1981, pág. 64).

1945 (13) la competencia de la jurisdicción militar en materia civil para los asuntos siguientes:

- a) De la prevención de los *ab intestatos*.
- b) De los testamentos especiales otorgados con arreglo a los Arts. 716 a 731 del CCv.
- c) De las responsabilidades civiles declaradas en sentencia firme por Autoridad Judicial militar.
- d) De las reclamaciones por deudas contra individuos del Ejército o quienes lo sean, en campaña, aun cuando el demandante no sea militar.

### III. DE LA PREVENCIÓN DE LOS JUICIOS DE TESTAMENTARIA Y AB INTESTATO

#### III.1.- CONCEPTO

Los Arts. 519 y 520 de la LPM aluden a la prevención del juicio de testamentaria (14) y del *ab intestato* (15) (16) «de los miembros de las

---

(13) Cuerpo legal único en el que se recogía toda la legislación dispersa que contenía el estatuto jurídico de la jurisdicción militar (*vid.*: GARCÍA LABAJO, J.M. «La acción civil en el proceso penal militar». REDM, 1990, núm. 55, pág. 161.

(14) Proceso que tiene como finalidad la «determinación y conservación del caudal hereditario y su adjudicación a herederos testamentarios y acreedores, procedida de la necesaria división...» (*cfr.*: OLIVA SANTOS, A. de la «Derecho Procesal Civil». Tomo IV (Los procesos especiales). 3.º ed., Madrid 1992, pág. 347.

(15) La situación de *ab intestato* se produce, no sólo cuando se da una situación de fallecimiento de una persona sin testar —a la que aludía la Ley primera del Título XII de la Partida Sexta— sino también en aquellos supuestos en que habiendo testado, el testamento es nulo, ha perdido su validez o no dispone de institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador, o cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o éste muere antes que el testado, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer, o cuando el heredero instituido es incapaz de suceder (Art. 912 del CCv.), en definitiva, pues, cuando «...la sucesión tiene por causa o título la disposición de la Ley, a falta, en todo o en parte, de la que tiene causa o título la voluntad del causante...» (*cfr.*: ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. «Derecho de Sucesiones». Tomo III. Barcelona 1994, pág. 151.

(16) Son características generales de ambos procedimientos los siguientes:

(a) Juicios universales: su objeto es una universalidad de bienes (la herencia) y normalmente existe una pluralidad de personas.

(b) Actos de jurisdicción contenciosa: si bien no podemos desconocer la discusión doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica de dichos procedimientos, entendemos que, mezclándose auténtica actividad jurisdiccional con actos que no implican actividad de dicha naturaleza, de manera genérica deben ser considerados como jurisdicción contenciosa; *cfr.*: Tomé Paule, J. «Instituciones de Derecho Procesal». —en

Fuerzas Armadas», preceptos que encuentran su necesaria cobertura orgánica (17) en la atribución —habida cuenta del silencio del Art. 4 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (18) (19) (20) (en lo sucesivo: LOCOJM) (21) (22)— a la jurisdicción militar

toría con ALMAGRO NOSETE, J.- 2.º Ed., Madrid 1994, pág. 1044; GÓMEZ DE LIANO GONZÁLEZ, F. «*El proceso civil*». 3.º Ed., Oviedo 1996, pág. 566. Voces autorizadas que niegan tal carácter o que lo estiman dudoso se pueden consultar en: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «*Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*». *R.D.Proc.* (arg.), 1949, núms. 1-2, págs. 287-291; ALVAREZ CASTELLANOS RAEL P. «*El proceso de jurisdicción voluntaria*». *R.D.Proc.*, 1945, núm. 3, págs. 331-353; SERRA DOMÍNGUEZ, M. «*Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*». en «*Estudios de Derecho Procesal*». Barcelona 1969, págs. 633-634.

(17) *Vid.*: MONTERO AROCA, J. «*Derecho Jurisdiccional*». —en coautoría con ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J. L. Y MONTÓN REDONDO, A.-. Tomo I. Barcelona 1994, págs. 440-441 sobre el alcance de la reserva material de ley en materia jurisdiccional.

(18) Aprobado por L.O. 4/1987, de 15 de julio de 1987.

(19) La reforma operada por el aludido texto legal ha pretendido crear un nuevo modelo de justicia militar demandado por la sociedad actual, inspirado en las corrientes doctrinales del Derecho comparado y adecuándose a la democratización de nuestra sociedad después de la promulgación de la CE de 1978 (*vid.*: ROJAS CARO, J. «*Derecho Procesal Penal Militar*». Barcelona 1991, págs. 35-42 y 69-78.

(20) En el iter legislativo seguido hasta la promulgación del texto hay que destacar la L.O. 9/1980, de 6 de diciembre (*vid.*: VALENCIANO ALMOYNA, «*La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80*», Madrid 1980) al ser la primera aproximación de la justicia militar a los principios constitucionales, si bien nació con un marcado carácter transitorio, ya que su D.F. Primera creaba, bajo la autoridad del Ministerio de Defensa, una Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar (*vid.*: ALONSO DÍAZ, G. «*Acercas de la organización, competencia y procedimiento de la jurisdicción militar*». *REDM*, 1979, núm. 37, págs. 202-230) que el legislador seguía considerando necesaria; la Ley, que, desde luego, no lograba una Justicia Militar acorde con la CE (*vid.*: CASADO BURBANO, P. «*Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española*», *REDM*, 1978, núm. 36, pág. 38), introdujo como principales novedades las siguientes: a) Limitación de la competencia de la jurisdicción militar, interpretando restrictivamente la expresión constitucional «ámbito estrictamente castrense»; b) Tecnificación de los órganos judiciales militares y c) Introducción del recurso de casación, desconocido por el CP de 1945, aunque con ciertos condicionamientos que hicieron que, en principio, quedara limitada su aplicación, lo cual determinó que el TC suprimiera, a través de su Jurisprudencia, aquellas limitaciones (*vid.*: RAMOS GANCEDO, E. *El recurso de casación militar en la doctrina del Tribunal Constitucional* RGD, 1988, núm. 528, págs. 5.191-5.200).

(21) *Vid.*: FORASTER SERRA, M. «*La nueva regulación de la jurisdicción militar*», *RJC*, 1989, núm. 1, págs. 91-90; *idem* *La reforma de la Justicia militar española*. RGD, 1989, núm. 543, págs. 9.109-8.135; *idem*. *La organización de la Justicia militar en España*. RGD, 1990, núm. 547, págs. 2.445-2.451; MILLÁN GARRIDO, A. «*Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y organización de la Jurisdicción Militar*». *REDM*, 1989, núm. 53, págs. 113-130 para profundizar más en el estudio de la LOCOJM.

(22) El CGPJ, en el Informe al Anteproyecto de LOCOJM denunció la existencia de deficiencias técnicas en la realización de esa integración, si bien se reconocía que

(23) (24) de «la prevención de los juicios de testamentaria y *ab intestato* de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieron en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difundo y la formación del inventario y aseguramiento previsorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la autoridad judicial civil competente» (Art. 9.2, II LOPI) (25).

ese acercamiento a los parámetros de la Jurisdicción ordinaria provocaba una mejor tutela de los derechos de los ciudadanos. Además, según el CGPJ la construcción de jurisdicción militar, como parte integrante del Poder Judicial presentaba algunas dificultades, y entre ellas que así como el órgano de los Jueces y Magistrados es el CGPJ, sin embargo en la jurisdicción militar, aunque se atribuyan facultades de gobierno a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, las postestades administrativas esenciales (nombramiento, ceses, promociones, etc.) corresponde al Ministro de Defensa.

(23) La jurisdicción militar es la única jurisdicción «especial» admitida constitucionalmente (cfr.: SSTC 97/1985, de 29 de julio; 180/1985, de 19 de diciembre; 107/1986, de 27 de julio), pero sin que ello signifique menoscabar la unidad del Poder Judicial, ya que la misma es integrante del Poder Judicial del Estado; a ello ha contribuido destacadamente la creación de la Sala 5.º, de lo Militar, en sede del T.S. (vid.: TOME PAULE, J. «Instituciones de Derecho Procesal. Procesal Penal». — en coautoría con ALMAGRO NOSETE, J.-. 2.º Ed., Madrid 1994, pág. 325), aunque, lamentablemente, en los niveles judiciales inferiores se ha producido una total separación orgánica entre la jurisdicción ordinaria y la militar, si bien hemos de valorar positivamente el fortalecimiento de los técnicos jurídico militares en los órganos judiciales militares, tesis no compartida por PARADA VÁZQUEZ al considerarlo una «desvirtuación de la Justicia Militar, que de ser una justicia de militares asesorados por juristas, pasa a ser una justicia a cargo de juristas asesorados por algún militar» (vid.: *Toque de silencio por la Justicia Militar*. R.A.P., 1992, núm. 127, pág. 12).

(24) Atribuida exclusiva y excluyentemente a los órganos judiciales militares, quedando fuera de ella los órganos de mando, a los que tradicionalmente se les había concedido el ejercicio de la jurisdicción (vid.: STS de 2 de diciembre de 1991, RA. 411); no obstante, los Mandos Militares Superiores (determinados por el R.D. 421/1988, de 29 de abril) quedan legitimados para interponer un recurso especial de casación, con el fin de que puedan velar eficazmente, en el seno de la jurisdicción, por la disciplina y los demás intereses esenciales de los Ejércitos (vid.: STS de 16 de setiembre de 1991 -R.A. 6724-), lo cual no ha estado exento de críticas (vid.: JIMÉNEZ VILLAREJO, J. «*Algunos aspectos de la nueva organización...*», trab. cit., pág. 19).

(25) El Art. 52 de la LECv dispone que: «Exceptúase únicamente de lo prescrito en el artículo anterior la prevención de los juicios de testamentarias y *ab intestato* de los militares y marinos muertos en campaña o navegación, cuyo conocimiento corresponde los Jefes y Autoridades de Guerra y de Marina.

Esta prevención se limitará a las diligencias necesarias para el enterramiento y exequias del difunto, formación de inventario y depósito de los bienes, libros y papeles y su entrega a los herederos instituidos o a los que sean *ab intestato* dentro del tercer grado civil, siendo mayores de edad y no habiendo quien lo contradiga.

En otro caso, y cuando no se hayan presentado los herederos o sea necesario continuar el juicio, se pasaran las diligencias al Juzgado a quien corresponda el conocimiento de la testamentaria o del *ab intestato*, dejando a su disposición los bienes, libros y papeles inventariados».

Coincidimos con SILGUERO STAGNAN (26) en que el Art. 9.2.II de la LOPJ evidencia la dificultad, en la práctica, de proceder con los mecanismos sucesorios habituales en el caso de miembros de las Fuerzas Armadas que fallecen en campana o navegación, en la necesaria protección de terceros y de su derecho constitucional a la herencia.

De lo expuesto podemos concluir que la prevención de la testamentaria y el *ab intestato* agrupa el conjunto de actuaciones practicadas por el Juez Togado Militar o Instructor Militar (27), de oficio (28) (29), encaminada a la ocupación y aseguramiento de los bienes que posea el difundo en el lugar y momento del fallecimiento, para que puedan ser incorporados a su caudal hereditario y posteriormente entregados a sus herederos forzosos o instituidos.

### III.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO

#### III.2.1. Organismo competente

La LPM (30) (Art. 520) dispone, con carácter general, que son competentes para prevenir los juicios de testamentaria y *ab intestato* los siguientes:

---

El Art. 52 L.E.Cv. supone una excepción a la exclusividad de la jurisdicción, declarada en el Art. 51, reproduciendo, con escasas variantes el Art. 268 de la L.O.P.J. de 1870, si bien éste agregaba que las diligencias a cargo de la autoridad Militar se deberían practicar «con acuerdo de asesor, siempre que sea posible» (vid.: PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. «Derecho de los Tribunales». Pamplona 1986, pág. 162).

(26) *Peculiaridades de la sucesión «mortis-causa»...*, trab. cit., pág. 175.

(27) La prevención de los juicios de testamentaria y *ab intestato* en el orden jurisdiccional civil viene atribuida al Juez de Primera Instancia.

(28) La prevención de los juicios de testamentaria y *ab intestato* en el orden jurisdiccional civil podrá producirse de oficio cuando: «1.º se tenga conocimiento del reciente fallecimiento de la persona causante del *ab intestato*; 2.º no conste la existencia de disposición testamentaria y 3.º no deje el finado descendientes, ascendientes o colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge legítimo que viviera en su compañía» (Art. 960 LECv); pero también puede prevenirse a instancia de parte, concretamente de: los parientes más próximos del finado que se crean con derecho a la herencia; el cónyuge sobreviviente; los acreedores que presenten un título escrito que justifique cumplidamente su crédito y no lo tengan asegurado con hipoteca u otra garantía (Art. 973 LECv).

(29) Vid.: SILGUERO ESTAGNAN, J. «Peculiaridades de la sucesión «mortis-causa»...», trab. cit., sostiene, sin embargo, que «...nada impediría que también pudiera prevenirse a instancia de parte legítima.» (pág. 179).

(30) El Art. 52 de la LEC, como ya veíamos, atribuía la competencia para la prevención de los juicios de testamentarias y *ab intestato* a «los Jefes y Autoridades de Guerra y de Marina».

A) El Juez Togado Militar (31). Caben dos posibilidades (32):

a) El Juez que corresponda a la demarcación donde se produjera el fallecimiento (33), inclinándose *Maldonado Ramos* (34), ante la indefinición legal (Juez Togado Territorial o Juez Togado Militar Central), concretamente, por la del Juez Togado Territorial.

b) El Juez que acompañe a las Fuerzas a que pertenezca el difunto (35).

B) El Juez Instructor Militar. En el supuesto en que en la plaza donde hubiere acaecido el fallecimiento no existiera Juez Togado Militar, o en un buque o aeronave en navegación, o cuando la unidad esté en lugar aislado o lejano será nombrado como Juez Instructor Militar a un Oficial (36), correspondiendo al Jefe de la plaza, unidad, buque o aeronave (37).

C) El Juez de Primera Instancia. Dispone el art. 519, II de la LPM que corresponde al Juez de Primera Instancia a quien corresponda el conocimiento de la testamentaria o del *ab intestato*, es decir, del lugar en que hubiera tenido el finado su último domicilio (Art. 63.5.º. I LECv) (38) cuando:

a) *El fallecido hubiere dejado descendientes menores que no estén debidamente representados* (39).

---

(31) Vid. : GÓMEZ CALERO, J. *La figura del Juez Togado en la jurisdicción militar*. REDM, 1993, núm. 41, págs. 29-50.

(32) Cfr.: MALDONADO RAMOS, J. *DE LA PREVENCIÓN DE LOS JUICIOS DE TESTAMENTARIA...*, trab. cit. en «Comentarios a las Leyes Procesales...», ob. cit., págn. 2241.

(33) Vid.: Ley de Planta y organización Territorial de la Jurisdicción Militar (aprobada por L 9/1988, de 21 de abril).

(34) *De la prevención de los juicios de testamentaria...*, trab. cit. en «Comentarios a las Leyes Procesales...», ob. cit., pág. 2241.

(35) Su nombramiento se haría conforme dispone el Art. 63 de la LOCCJM.

(36) Vid.: Art. 115 de la LOCJM.

(37) MALDONADO RAMOS, J. *De la prevención de los juicios de testamentaria...*, trab. cit. en «Comentarios a las Leyes Procesales...», ob. cit., sostiene que no hay inconveniente en que dicho nombramiento recaiga en un miembro del Cuerpo jurídico que ejerza funciones asesoras y que acompañe a la unidad aislada o esté destinado en plaza en la que no haya Juez Togado.

Nuestra particular opinión es que el intercambio en las funciones que integran los distintos miembros del Cuerpo Jurídico debe evitarse al máximo, sobre todo, a partir de la creación del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa (por obra de la L 6/1988, de 5 de abril).

(38) Si lo hubiere tenido en país extranjero, sería Juez competente el del lugar de su último domicilio en España, o donde tuviere la mayor parte de sus bienes (Art. 63.5.º, II LECv).

(39) Con una finalidad similar (protectora de los menores) el Art. 1041, 2.º de la LECv dispone que el juicio necesario de testamentaria se inicia de oficio cuando, entre los herederos, existieran menores o incapacitados a no ser que estuvieran representados por sus padres.

b) No resultara plenamente justificado el derecho hereditario.

c) Se planteara cualquier cuestión incompatible (40) con la naturaleza sumaria del procedimiento (41).

d) Cuando el sujeto pasivo del procedimiento ostentara la condición de militar prisionero o desaparecido (42), supuesto al que expresamente aludiremos en el Epígrafe IV del presente trabajo.

### III.2.2. El sujeto pasivo.

El apartado I del Art. 519 de la LPM circunscribe el sujeto pasivo del procedimiento de prevención de los juicios de testamentaría y *ab intestato* a: «los miembros de las Fuerzas Armadas que fallecieron en campaña o navegación». Lo dicho nos obliga a realizar una serie de precisiones en torno a:

A) El término «miembro de las Fuerzas Armadas» (43). De la prolija y dispersa normativa legal existente (44) podemos circunscribir el térmi-

---

(40) La expresión «cuestión incompatible» introduce un elemento de casuística en la regulación que, en cualquier caso, no puede referirse a los supuestos de controversia u oposición, pues ellos excluyen el propio juicio voluntario y nos llevaría al contencioso —*cfr.*: SILGUERO ESTAGNAN, J. «*Peculiaridades de la sucesión «mortis-causa»...*», *trab. cit.*, pág. 178— lo que puede dar lugar a interpretaciones distintas según el criterio de cada Instructor actuante —*cfr.*: MALDONADO RAMOS, J. *De la prevención de los juicios de testamentaria.*—, *trab. cit.* en «*Comentarios a las Leyes Procesales...*», *ob. cit.*, pág. 2245.

(41) Lo que se deduce del Art. 519 *in fine* de la LPM al prohibir que el Instructor a prevención formule declaración de herederos ni otros derechos sucesorios —*cfr.*: PÉREZ CABEZOS Y GALLEGU, E. y PUYOL MONTERO, F.J. «*Derecho Procesal Penal y Militar.*» (*Guía Práctica*). Madrid 1994, pág. 952— lo que, a juicio de MALDONADO RAMOS pretende «evitar la posible utilización de la declaración, en el posterior juicio de testamentaria o *ab intestato*, por el favorecido en perjuicio de otros herederos legítimo (*De la prevención de los juicios de testamentaria...*», *trab. cit.* en «*Comentarios a las Leyes Procesales...*», *ob. cit.*, pág. 2.245.

(42) El Juez de Primera Instancia territorialmente competente será el del último lugar en que haya residido durante un año en territorio español y, en su defecto, el de su último domicilio (Arts. 63.24 LECv y 51 LPM).

(43) Para referirse a una misma realidad se utilizan diferentes expresiones: militares, componentes de las Fuerzas Armadas, miembros de las Fuerzas Armadas (Arts. 175, 176, 181 de las R.O.F.A.).

(44) *Vid.*: ROFA; L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; L. 17/1989, de 19 de julio, del Régimen del Personal Militar Profesional; RD 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas del personal militar profesional; Código Penal militar aprobado por LO 13/1985, de 9 de diciembre —en lo sucesivo: CPM—; LPM; L.O. 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar; RD 1410/1994, de 25 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Militar; L. 28/1994, de 18 de octubre, complementa el Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

no aludido a los siguientes: «miembros que poseen dicha condición conforme a las Leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica» o, dicho en otros términos, los que: «1.º Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas; 2.º Con carácter obligatorio se hallan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas; 3.º Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas Militares; 4.º Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas; 5.º Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno y 6.º Clases de tropa de la Guardia Civil» (45).

De lo expuesto se deduce que nuestra opinión (46), coincidente con LORCA NAVARRETE (47), es que quedan excluidos la prevención del juicio de testamentaria y del *ab intestado* de los civiles que presten servicios en dependencias militares y aquellos otros «miembros civiles de aeronaves militares, corresponsales de guerra, proveedores e individuos de unidades de trabajo o servicios encargados del bienestar de los militares a condición de que hayan recibido permiso de las Fuerzas Armadas que acompañen» (48) (49).

B) En campaña o navegación. La retracción contenida en el Art. 9.2.II de la LCPJ al atribuir la competencia de la jurisdicción militar para el

---

(45) Cfr.: NEVADO MORENO, P.T. *La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional. (1812-1994)*. (Tesis Doctoral). Salamanca 1995 —Inédita—, págs. 531-532.

(46) Basada fundamentalmente en que la tesis contraria iría en contra de la tendencia restrictiva de la competencia de la jurisdicción militar, ya planteada en los Pactos de la Moncloa, y, posteriormente, reflejada en nuestra Carta Magna. En relación a la interpretación del principio restrictivo consagrado en el Art. 117.5 CE para ser aplicado a la jurisdicción castrense, vid.: FERNÁNDEZ SEGADO, F. «*El sistema constitucional español*». Madrid, 1992, pág. 764, que habla de que el reconocimiento y la reducción son los dos elementos configuradores de la regulación de la jurisdicción militar en la CE; CALDERÓN SUSÍN, E. «*En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar*». REDM. 1989, núm. 53, pág. 104.

(47) *Comentarios a la Ley Procesal Militar*. San Sebastián 1990, pág. 497.

(48) Utilizamos la terminología recogida por el Art. 13.4 de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

(49) Una opinión contraria a la que mantenemos se puede consultar en: MALDONADO RAMOS, J. «*De la prevención de los juicios de testamentaria...*», trab. cit. en «*Comentarios a las Leyes Procesales...*», ob. cit., pág. 2242.

conocimiento del procedimiento de prevención de los juicios de testamentaría y *ab intestato* cuando el fallecimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas se produzca «en tiempo de guerra» no aparece recogido en el Art. 519.I de la LPM, refiriéndose sólo a los supuestos de que el óbice se produzca «en campaña o navegación».

A nuestro juicio la correcta interpretación de la mencionada discrepancia debe resolverse —en coincidencia con Maldonado Ramos— en favor de que bajo el término «en campaña o navegación» deben comprenderse «todos aquellos supuestos en que las fuerzas terrestres abandonan sus lugares de emplazamiento por un período de tiempo de cierta consideración, para el cumplimiento de misiones militares o de adiestramiento específicamente encomendadas, y en que los buques y aeronaves abandonan sus bases con idéntico cometido» (50), se hayan realizado éstas en territorio nacional o fuera de él (51), sin que, en consecuencia, se precise que dicho abandono se produzca «en tiempo de guerra» (52).

### III.3. CONTENIDO

Desde un punto de vista jurídico la prevención de la testamentaría y el abintestado comprende una serie de diligencias indispensables, tales como el enterramiento y entrega de bienes del difundo, y otras que no tienen tal carácter, como son la comprobación de si el fallecido dejó testamento y la consulta del mismo para determinar quiénes son los herederos instituidos, o, en caso de fallecer intestado, decidir quiénes son los parientes con derecho a la entrega de los efectos (53); esta última decisión no puede implicar una declaración de derechos hereditarios (54), pues ello queda, *ex lege* 519

---

(50) *De la prevención de los juicios de testamentaria...*, trab. cit. en «Comentarios a las Leyes Procesales...», ob. cit., pág. 2.242.

(51) El apoyo legal de dicha afirmación lo podemos encontrar en el Art. 520, I al atribuir la competencia para prevenir los juicios de testamentaría o ab intestato al juez Togado Militar «que acompañar a las Fuerzas a las que perteneciera el difunto».

(52) Entendemos, en consecuencia, que, en virtud del principio *lex posterior derogat anterior* debe Prevalecer la regulación de la LPM frente a la L.O.P.J.

(53) *De la prevención de los juicios de testamentaria...*, trab. cit. en «Comentarios a las Leves Procesales...», ob. cit., pág. 2.244.

(54) La LECv permite que la declaración de herederos pueda hacerse dentro del juicio de *ab intestato* o fuera de este juicio, cuando no sea necesaria, ni se solicite la prevención (Arts. 977 y 978 LECv).

(La LECv, tras su reforma por la L. 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal establece dos modalidades de declaración de herederos, a saber: a)

*in fine*, objetivamente fuera del contenido de la prevención de los juicios de testamentaria y ab intestato atribuidos a la jurisdicción militar (55).

### III.3.1. Enterramiento y exequias del difunto

El adecuado análisis de la diligencia de enterramiento y exequias del difunto (56) exige que distingamos el supuesto de que el militar haya fallecido en España o en el extranjero.

A) Cuando el militar hubiera fallecido en España el instructor del procedimiento deberá dar cuenta al Encargado del Registro civil correspondiente, al que remitirá certificación médica de la muerte, para que proce-

---

Notarial, mediante acta de notoriedad, cuando se trate de declarar herederos a descendientes, ascendientes o cónyuge (*vid.*: GARCÍA BERNARDO, A. «Notas sobre las actas de notoriedad en la declaración de herederos», en «Comentarios sobre la reforma procesal. (Ley 10/92, de 30 de abril)» -con VV.AA. y GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. como Coord.-. Oviedo 1992, págs.139-157; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. «Jurisdicción voluntaria y función notarial». RDN, 1992, núm. extraordinario págs. 129-134 y 141-145; MONTÓN REDONDO, A. «De los ab intestatos». (Apartado 7.º. Sección 1.º). en «La Reforma de los procesos civiles. (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)» —con VV.AA. y MONTERO AROCA, J. COMO COORD.—. MADRID 1993, págs. 104-115; MONTÓN REDONDO, A. «La declaración de herederos por acta de notoriedad.» RGD, 1993, núms. 586-587, págs. 7179-7194; LÓPEZ CANDELA, I. «La declaración de herederos ab intestato tras la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal». BIMJ, 1994, núm. 1697, págs. 667-676; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. «El acta de notoriedad para la declaración de herederos ab intestato». BIMJ, 1995, núm. 1763, págs. 6059-6076; Judicial para la declaración de los demás herederos -*vid.*: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. «La declaración judicial ab intestato, juicio de desahucio de la L.E.Cv. y procedimientos arrendaticios». en «Comentarios sobre...», ob. cit., págs. 102-107.

(55) *Cfr.*: LORCA NAVARRETE, A.M.º. *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pág. 497.

(56) La LECv, en relación a la diligencia de enterramiento y exequias en el procedimiento prevención del juicio de testamentaria y *ab intestato*, establece: a) Cuando el *ab intestato* se inicie de oficio dispone el Art. 966, 1.º que se proceda al nombramiento de albacea dativo que se encargue del entierro y exequias del difundo y de lo demás propio de este cargo con arreglo a las leyes; b) Cuando el *ab intestato* se inicie a instancia de parte dentro de los treinta días siguientes a la muerte del causante o de haberse tenido noticia de su fallecimiento establece el Art. 975, II que se procederá a la práctica, entre otras, de las diligencias previstas en el Art. 966 y c) En el juicio necesario de testamentaria el Art. 1042 se remite a la regla 5.º del Art. 63 y al Art. 959, añadiendo el primero de los preceptos citados a las medidas previstas en el Art. 959 las relativas a la adopción de medidas necesarias para el enterramiento y exequias del difundo (*vid.*: GONZÁLEZ POVEDA, B. «La jurisdicción voluntaria». (Doctrina y Formularios). 2.º Ed., Pamplona 1996, pág. 938.

da a la inscripción de la defunción (57) y pida la licencia de enterramiento, con la que se inhumará al difunto (58).

B) Cuando el militar hubiera fallecido en el extranjero deberá darse al Cónsul o funcionario encargado de la misión o representación diplomática de España en el lugar de fallecimiento a efectos de la instrucción del expediente de traslado del cadáver a España (59).

A los supuestos mencionados debemos recoger la hipótesis de que cuando, por la forma en que se hubiera producido el fallecimiento, no exista el cadáver, la inscripción de la defunción se producirá mediante orden del Instructor de las diligencias de prevención (60).

### III.3.2. Formación de inventario y depósito de bienes, libros y papeles.

La formación de inventario (61) (62) constituye la fase previa lógica al depósito de los bienes (63), libros y papeles que poseyese el difunto en el lugar y momento del fallecimiento, debiendo, a nuestro juicio, previa-

---

(57) *Vid.*: Arts. 81 a 87 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 -en lo sucesivo: L.R.C.-; Arts.273 a 28 del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1953 -en lo sucesivo: R.R.C..

(58) *Vid.*: D. 2263/1974, de 20 de julio sobre el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria; O.M. de 30 de diciembre de 1980 desarrollada por la O.M. de 31 de enero de 1984 sobre el abono de los gastos mortuorios del personal militar que fallezca en supuestos asimilables a los de campana o navegación.

(59) *Vid.*: Arts. 34 a 41 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

(60) *Vid.*: Art. 86 L.R.C. y Arts. 278 y 279 R.R.C.

(61) Podemos definir el inventario como la relación y descripción de los bienes del causante.

(62) La L.E.Cv. dispone que en el juicio necesario de testamentaria y en el voluntario, cuando la prevención se solicita dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento del testador o de la noticia de su muerte, la prevención se inicia con la adopción de las medidas del Art. 959 (más las de la regla 5.º del Art. 63, si el juicio es necesario) y se continúa con la formación del inventario. En el voluntario, solicitado fuera del plazo de los treinta días la prevención se limita a la formación del inventario.-*cf.*: GONZALEZ POVEDA, B. *La jurisdicción voluntaria...*, ob. cit., págn.939.

(63) Excluyéndose los inmuebles por ser imposible su ocultación y disposición inmediata y sumaria -*cf.*: LORCA NAVARRETE, A.M.º. *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., págn. 496- a lo que habría que añadir que los inmuebles no son susceptibles de depósito -*cf.*: QUEROL DURAN, F. de *Principios de Derecho Militar Español*. Tomo I. Madrid 1946, págn. 130; *De la prevención de los juicios de testamentaria...*, trab. cit. en «Comentarios a las Leyes Procesales...», ob. cit., págn. 2244.

mente a la indicada formación del inventario, procederse al apoderamiento de los bienes, libros y papeles.

No prevé la LPM el nombramiento de un depositario (64) a fin de proceder al depósito de bienes, libros y papeles lo que parece abogar en favor de que el mandato legal se satisface con que los aludidos bienes, libros y papeles estén custodiados (65) por el propio Juez Togado o Instructor, realizando la oportuna diligencia de constancia (66).

### III.3.3. Entrega de los bienes, libros y papeles

De las diligencias de prevención de los juicios de testamentaria y *ab intestato* la que presentan un mayor grado de dificultad es la que pasamos a exponer seguidamente.

Con carácter previo a la entrega de los bienes, libros y papeles deberá el Instructor comprobar si el militar falleció intestado o con testamento. Dicha comprobación —afirma *Silguero Estagnan* (67)— escapa a las facultades del Instructor nombrado en circunstancias excepcionales.

La información, anteriormente indicada, se obtendrá solicitándose el correspondiente certificado del Registro de Actos de Última Voluntad. A la vista de la información facilitada, y teniendo en cuenta la distintas modalidades de testamentos (68), la posibilidades que se ofrecen son diversas. Así cuando el difunto hubiera otorgado testamento abierto o cerrado se procedería a interesar la expedición de una copia a efectos de la comprobación de qué personas han sido instituidas como herederos al efecto de hacer le entrega a los mismos de los libros, bienes y papeles inventariados. Si el testamento fuera ológrafo bastará con que el interesa-

---

(64) SILGUERO ESTAGNAN, J. *Peculiaridades de la sucesión «mortis-causa»...*, trab. cit., sostiene que: «...sería deseable que la Ley Procesal militar contemplara de forma expresa la figura del depositario de los bienes, con la obligación de rendir cuentas de su gestión.» (pág. 181).

(65) La distinción entre el «depósito» y la «entrega» aludida en el Art. 519, I de la LPM lleva a LORCA NAVARRETE a sostener que la Ley dispone la modalidad de depósito judicial (*Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pág. 496).

(66) Cfr.: MALDONADO RAMOS, J. *De la prevención de los juicios de testamentaria...*, trab. cit. en «Comentarios a las Leyes Procesales...», ob. cit., pág. 2244.

(67) *Peculiaridades de la sucesión «mortis-causa»...*, trab. cit., pág. 179.

(68) Vid.: CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo Sexto (Derecho de Sucesiones). Vol. Segundo (Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa). 8.º Ed. -revisada y puesta al día por BATISTA MONTERO-RÍOS, J.; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª y VALLET GOYTISOLO, J.-. Madrid 1979, págs. 67-168.

do le muestre copia del mismo protocolizado (Art. 689 C.Cv.). Si el testamento otorgado fuera militar o marítimo, previa solicitud del oportuno certificado al Ministerio de Defensa (Arts. 718.1.º, 727 a 729 y 731 C.Cv.), debería procederse a solicitar copia al Juez de Primera Instancia que tramite su protocolización (69) (Art. 718 C.Cv.). Y, por último, cuando se hubiera otorgado testamento de palabra ante dos testigos (Art. 720 C.Cv.) con ocasión de un peligro próximo de acción de guerra o de naufragio (Art. 731 C.Cv.) será necesario pedir copia al Juez de Primera Instancia que tramite su protocolización (70).

Cuando el militar hubiera fallecido sin testar, se entregará los bienes, libros y papeles a los herederos *ab intestato* (71) dentro del cuarto grado civil (72) (73) —pudiéndose también realizarse la entrega, pese a la dicción literal legal, en defecto de parientes el cuarto grado civil, al viudo o viuda y al Estado (74)— siempre que:

- no resulten contradichos, y
- sean mayores de edad.

---

(69) Concretamente el Juez de Primera Instancia del último domicilio del difunto, y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid.

(70) Es decir: el Juez de Primera Instancia del último domicilio del difunto, y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid (Art. 718, II CVC).

(71) SILGUERO ESTAGNAN sostiene que previamente a la mencionada entrega habría de procederse a la declaración de herederos (*Peculiaridades de la sucesión «mortis-causa»...*, trab. cit., pág. 179); por contra MALDONADO RAMOS mantiene que, a tenor de lo dispuesto en los Arts. 930 a 958 del CCv el Instructor deberá entregar los bienes, libros y papeles «...en primer lugar a los hijos (matrimoniales o no), en defecto de ellos a los nietos y a falta de los anteriores (en el supuesto de que los haya) a los bisnietos y por último a los tataranietos, que constituyen así el grupo de los parientes en cuarto grado, descendente. Si no hay descendientes se entregarán los bienes a los padres, abuelos, bisabuelos o tatarabuelos, en su caso y por este orden (línea ascendente). Si no hay descendientes o ascendientes la entrega se hará al cónyuge viudo. En defecto del anterior, se entregarán a los hermanos, sobrinos, sobrinos nietos, tíos y primos (línea colateral). Por último, en defecto de parientes y cónyuge viudo, la entrega se hará al Estado» (*De la prevención de los juicios de testamentaria...*, trab. cit. en «Comentarios a las Leyes Procesales...», ob. cit., págs. 2.244-2.245).

A nuestro juicio la entrega de bienes, libros y papeles por el Instructor no supone reconocimiento de herederos *ab intestato* ya que ello, como hemos tenido ocasión de señalar, queda excluido de la competencia del Instructor (Art. 519 *in fine* LPM), por lo tanto, efectivamente, el Instructor podrá hacer la aludida entrega, teniendo en cuenta lo dispuesto por el CCv en relación al orden de sucesión intestada.

(72) El Art. 52, II LECv limita la entrega a los herederos *ab intestato* dentro del tercer grado civil.

(73) Vid.: Arts. 915 a 923 del CCv donde se regula el cómputo de los grados del parentesco.

(74) Cfr.: MALDONADO RAMOS, J. *De la prevención de los juicios de testamentaria...*, trab. cit. en «Comentarios a las Leyes Procesales...», ob. cit., págs. 2.244.

#### IV. LA PREVENCIÓN RESPECTO DE PRISIONERO O DESAPARECIDO

Dispone el Art. 521 de la LPM que, en los supuestos en los que, no constando el fallecimiento del militar, conste su situación de prisionero o desaparecido, se pasarán las diligencias con entrega de los bienes, libros y papeles, al Juez de Primera Instancia del último lugar en que haya residido durante un año dentro del territorio español y, en su defecto, de su último domicilio (75).

Creemos que bastará la certeza de la ausencia del militar para instruir las diligencias de prevención sin que sea necesario esperar a que se declare legalmente la situación de prisionero o desaparecido, tras la instrucción del expediente a que se refiere el Art. 22 del R.D. 1385/1990, de 8 de noviembre (76) (77), primando la inmediatez (78) y el aseguramiento de los bienes (79), características fundamentales del procedimiento de prevención.

En el supuesto que estamos abordando las diligencias de prevención se reducirán a la recogida e inventario de los bienes del prisionero o desaparecido y remisión de éstos, con lo actuado, dejando constancia de la fecha de las últimas noticias habidas del mismo (80), al Juez de Primera Instancia competente, que será el que va a conocer de las actuaciones para la declaración de ausencia o fallecimiento (81).

(75) El Art. 68 de la LECv dispone que el domicilio legal del militar en servicio activo será el lugar en que se hallare el cuerpo a que pertenezca cuando se hiciere el emplazamiento.

(76) El mencionado precepto dispone que:

a) El prisionero permanecerá en servicio activo hasta su libertad.

b) La condición de desaparecido tendrá una duración máxima de dos años, que empezarán a computarse desde la ausencia del destino. Pasado este plazo se reputará, exclusivamente a los efectos militares, como fallecido, publicándose la baja en el «Boletín Oficial de Defensa».

c) Estas condiciones requieren resolución en tal sentido del expediente incoado por el Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente, a propuesta del Jefe de la Unidad, Centro u Organismo, desde que se tenga constancia fehaciente de la ausencia del destino en condiciones propias del prisionero o desaparecido.

(77) Vid.: FARIÑA BUSTO, L. *Sobre las situaciones militares*. REDM, 1982, núm. 39, págs. 45-65; NEVADO MORENO, P.T. *La función pública militar...*, ob. cit., págs. 653-675.

(78) Cfr.: MALDONADO RAMOS, J. *De la prevención de los juicios de testamentaria...*, trab. cit. en «Comentarios a las Leyes Procesales...», ob. cit., págs. 2245.

(79) Cfr.: SILGUERO ESTAGNAN, J. *Peculiaridades de la sucesión «mortis-causa»...*, trab. cit., pág. 180.

(80) Lo cual tiene especial importancia pues a partir de dicha fecha comienzan a correr los plazos para la declaración de fallecimiento (Arts. 193 y 194 del CCv).

(81) Vid.: Art. 63.24 de la LECv Criterio de determinación de la competencia territorial que, afirma LORCA NAVARRETE, es discrepante del establecido en el Art. 63.5 LECv en relación con el Art. 964 de la LECv (*Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pág. 498).

## NOTA SOBRE EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Dr. D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
*General Consejeroogado*

### I. INTRODUCCION

Sin perjuicio de que la REDEM dedique este asunto la atención que su importancia merece, esta Nota únicamente pretende dar cuenta de las circunstancias de la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998 en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma desde el 15 de junio al 17 de julio de 1998.

Si el propósito de la constitución de la Corte, confesado en su preámbulo, es sencillo (poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes: la prevención general), el instrumento elaborado (Estatuto de la Corte) es de una gran complejidad. Y ello al menos por tres motivos. El primero es el carácter complementario de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo la Corte) respecto de las jurisdicciones penales nacionales (Art. 1 del Estatuto), que se completa en el preámbulo con la proclamación de un principio fundamental: «... es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales». Esto explica, entre otros, preceptos tales como los artículos 10, 17, 21 y 80 del Estatuto.

En segundo término, como ha destacado el Embajador *Yañez- Barnuevo García*, Jefe de la Misión Diplomática de España en la Conferencia de Roma, el Estatuto es una norma compleja y extensa (128 artículos) que comprende lo que, en el derecho interno, constituiría al menos el contenido de las normas fundamentales (orgánicas probablemente) siguientes: un Código penal, una Ley de Enjuiciamiento Criminal, una Ley Orgánica del Poder Judicial y una Ley de Extradición o de Cooperación Jurídica Internacional.

Y el tercer aspecto que dota de especial complejidad al Estatuto es su pretendido ámbito universal («...crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto»..., en el Preámbulo), por el esfuerzo que supuso la síntesis de aportaciones provinientes de, por lo menos, dos sistemas de proyección universal: el derecho continental (o romano-germánico) y el sistema anglosajón (o del «common law»), con predominio alternativo de sus respectivas instituciones y no siempre en acertada yuxtaposición. En general podemos afirmar que el sistema penal del Estatuto, salvo el importante tema de la determinación e individualización de las penas que figura en la Parte VII del Estatuto (a continuación del Juicio), está dominado por los principios generales del Derecho penal continental aunque su plasmación en el Estatuto está presidida por la técnica topográfica propia de las normas internacionales y por ello la parte dedicada a la tipificación de los crímenes (la parte especial del Derecho penal) se incluye entre los criterios de la competencia por razón de materia (Parte II), al lado de aspectos procesales como la competencia temporal o la admisibilidad, precediendo (con técnica bien ajena a la habitual en la ciencia del Derecho penal) a la proclamación de los principios generales del Derecho penal (Parte III).

Y aún una consideración preliminar más. El sistema penal del Estatuto no es producto del apresuramiento ni de la improvisación. Si en el año 1998 hemos celebrado el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-1998) y en el año 1999 el cincuenta aniversario de los Convenios de Ginebra (1949-1999), fueron necesarios también casi cincuenta años para que la labor del Comité especial para la elaboración del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente, creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1950 (que había presentado en 1994 un proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional y en 1996 el texto de un Código de Crímenes contra la paz y seguridad) fructificase en Roma (17 de julio de 1998) en el Estatuto, sobre un texto básico previamente elaborado por el Comité Especial y, más tarde, por el Comité Preparatorio para la Conferencia Diplomática de Roma, constituido en las Naciones Unidas (Nueva York). Justamente uno de los temas más debatidos en la Conferencia de Roma fue la determinación del ámbito material de la competencia, es decir los *crímenes tipificados en el Estatuto*, que se redujeron al máximo (los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional) comprendiendo el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, de forma virtual puesto que está pendiente de definición y con-

diciones, el crimen de agresión. Se excluyeron, pendientes de la Conferencia de Revisión del Estatuto, los crímenes de terrorismo y narcotráfico internacional.

En la materia que analizamos debemos tener muy en cuenta el derecho aplicable o fuentes del derecho que, de forma jerarquizada, enumera el artículo 21 del Estatuto, cuando determina que la Corte aplicará:

- 1.º El Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998.
- 2.º Los Elementos del crimen (Art. 9. Del Estatuto) y las Reglas de Procedimiento y Prueba, normas que deberá aprobar por mayoría cualificada la Asamblea de los Estados-Partes.
- 3.º Los tratados y los principios y normas de Derecho Internacional aplicables, incluidos los principios del Derecho Internacional de los conflictos armados.
- 4.º Los principios generales de derecho, que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho, normas y principios internacionales reconocidos.

En todo caso, la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos, en los términos que se establecen en el propio Estatuto.

## II. LA RAZON DE SER DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Particularmente entiendo que acabar con la impunidad de los crímenes internacionales es uno de los retos de la comunidad internacional. Por eso hemos celebrado muchas personas el nacimiento, casi milagroso, del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

Al hablar de ésta tenemos que hacer una referencia al Preámbulo del Estatuto de Roma, donde se establece la filosofía de La Corte: La percepción en el ámbito de las Naciones Unidas y de la comunidad internacional, de que los graves crímenes que consisten en atrocidades que tienen como víctimas a niños, a mujeres y a hombres (se han inventado incluso nuevos delitos «como la depuración étnica» o el embarazo forzado), constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Un político francés nos había dicho aquella frase tan gráfica de que ningún Estado es propietario de los sufrimientos que engendra o ampara porque el sufrimiento de las víctimas es universal. Naturalmente, se trata de acabar con la impunidad para prevenir nuevos crímenes. Quizá lo más impor-

tante del Estatuto de Roma, es la prevención general, la certeza de que los crímenes no quedarán impunes, que realmente es uno de los trípodas de la eficacia del Derecho Internacional Humanitario. La codificación (normas claras), la jurisdicción (que no se produzca impunidad) y la difusión (porque muchas normas se vulneran simplemente porque no son conocidas). Pero el Preámbulo del Estatuto dice algo importante y es el deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal sobre los responsables de los crímenes internacionales. De modo que el Estatuto está contemplando la posibilidad de la jurisdicción universal de los Estados. Pero, da un paso más, y es que determinados crímenes, limitados, serán competencia de la Corte. Por eso el único mecanismo para la eficacia de la represión de estos crímenes internacionales no es la Corte Penal Internacional. Es un mecanismo importante, sin duda novedoso, pero no el único. Aún siguen siendo verdad las palabras de *Cherif Bassiouni* cuando nos decía que el mecanismo más importante para la eficacia del Derecho Internacional Humanitario es la obligación contraída por los Estados de prever adecuadas sanciones penales, en este caso, para los crímenes de guerra.

En definitiva y para ello en Roma se reunieron ciento sesenta Estados, que tuvieron que llegar a una votación final, que afortunadamente tuvo el resultado de ciento veinte votos a favor, siete en contra y veintiuna abstenciones. Constituyendo en La Haya, cuando se ratifique el Estatuto por sesenta Estados, una Corte Penal Internacional compuesta por dieciocho magistrados, que tiene como fin acabar con la impunidad y prevenir nuevos crímenes.

Hay dos principios generales que están recogidos en la Carta de las Naciones Unidas y que el Estatuto se encarga de ponernos a la vista. Uno es la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza, y el otro es la no injerencia en los asuntos internos. Pero esto tiene, afortunadamente, en el Estatuto una traducción no restrictiva. Uno de los grandes logros del Estatuto de Roma es que los grandes crímenes cometidos en los conflictos armados internos (conflictos armados no internacionales) serán también competencia de la Corte.

### III. LA CONFERENCIA DIPLOMATICA EN ROMA

En la Conferencia intervinieron ciento treinta y tres Ong,s que tenían el estatuto de observadores, al lado de ciento sesenta Estados. Muchas partes positivas del Estatuto se deben a la influencia de estas organizaciones no gubernamentales. Estaba, por supuesto, el Comité Internacional de

la Cruz Roja y la Federación de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

El Estatuto tiene unos antecedentes en los intentos de castigar a los criminales de guerra y a los autores de crímenes contra la paz y contra la humanidad después de la Segunda Guerra Mundial. Pero este asunto se detuvo en las Naciones Unidas desde el año 1950, nada menos que hasta el año 1998. Finalmente con el fin de la guerra fría, en 1989, la Asamblea General, a propuesta de Trinidad y Tobago, retomó el tema. Hay que destacar, como se hizo en el Acta Final de la Conferencia de Roma, un reconocimiento a la Comisión de Derecho Internacional que preparó unos textos, que luego fueron examinados por el Comité Preparatorio de la Conferencia y finalmente dieron lugar a un texto consolidado pero lleno de corchetes (es decir, aquellas cuestiones polémicas se establecían entre corchetes) que fue llevado a Roma y fue propuesto a los Estados. La postura de España fue siempre de apoyo al Estatuto de Roma.

La Misión Diplomática del Reino de España en la Conferencia de Roma estuvo presidida por el Embajador D. *Juan Antonio Yañez Barnuevo*, como Jefe de la Delegación e integrada por D. *Julio Montesinos Ramos* y D. *Luis Zaballa Gómez*, por el Ministro de Asuntos Exteriores, D. *Francisco Buenos Arús*, D. *Juan de Miguel Zaragoza* y D. *Francisco Fontecilla Rodríguez*, por el Ministerio de Justicia, D. *Joaquín Martín Canivell* por el Tribunal Supremo, D. *Rogelio Gómez Guillamón* por la Fiscalía General del Estado, D. *José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto*, D. *Fernando Pignatelli Meca* y D. *Juan Manuel García Labajo* por el Ministerio de Defensa y Dña. *Concepción Escobar* por el Ministerio de Educación y Ciencia.

También hubo apoyo político, porque el Congreso de los Diputados aprobó una proposición no de ley, por unanimidad, de apoyo a la constitución de esta Corte Penal Internacional. Pero hay que reconocer que cuando llegamos a Roma el núcleo de las cuestiones polémicas del Estatuto estaba sin resolver y casi permaneció en este estado a lo largo de las cuatro primeras semanas de la Conferencia. Por eso, la diplomática argentina *Silvia Fernández de Gurmendi*, que presidió uno de los grupos de trabajo, habló de un «pequeño milagro», al aprobarse un Estatuto, que no es perfecto, y alcanzarse las cotas que pretendíamos.

¿Qué grupo de Estados actuaron en la Conferencia y cómo actuaron? En primer lugar hay que destacar el grupo de Estados «afines», Estados fundamentalmente europeos, anglosajones y latinoamericanos, con una gran aportación de los países africanos (liderados los de habla inglesa por

Sudáfrica, y los de habla francesa por Senegal), y, naturalmente, toda la Unión Europea, excepto Francia, que no perteneció a este grupo, pero que finalmente apoyó el Estatuto. Los países «afines» llegaron a ser sesenta y seis, y tenemos la esperanza de que estos países constituyan el núcleo de la ratificación del Estatuto. Pero repetimos que no había acuerdo con los restantes Estados sobre las cuestiones básicas que eran fundamentalmente: la definición del crimen de agresión, el mecanismo de activación de la competencia del Tribunal, bien a través del Consejo de Seguridad o de un fiscal independiente, y todo ello traducido en el ejercicio de la competencia del Tribunal. Este era el tema básico y sobre él, incidían los recelos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, a excepción del Reino Unido, con posturas que rechazaban los términos del Estatuto por parte de Estados Unidos y de China, y con una postura vacilante, que se inclinó finalmente por el sí, por parte de Francia y de Rusia. Los Estados no alineados van a ser decisivos porque, en la votación final, van a votar lo mismo, en general, que los Estados afines y a conformar esa espléndida mayoría a favor del Estatuto.

Había tres posturas fundamentales:

- 1.<sup>a</sup> La postura de los Estados afines que, en definitiva, arrastraron a ciento veinte países, que querían una Corte Internacional, independiente y eficaz, una Corte Universal, es decir, que extendiera su competencia más allá del ámbito restrictivo de los Estados Parte.
- 2.<sup>a</sup> Por otro lado, había otros Estados, fundamentalmente islámicos y asiáticos, que estaban muy renuentes: Esos veintiún países que se abstuvieron y algunos de los siete que votaron en contra.
- 3.<sup>a</sup> Finalmente, los miembros del Consejo de Seguridad que acabaron divididos y con una mayoría a favor del Estatuto: Francia, Rusia y Reino Unido votaron sí, y Estados Unidos y China votaron no. Estos Estados, por una parte querían condicionar la eficacia de la Corte realmente a las decisiones del Consejo de Seguridad y querían también un Estatuto a la carta, es decir un Estatuto donde los Estados parte se obligaban más o se obligaban menos, que se tradujo en artículo 124 tan criticable, al cual haremos en seguida referencia.

Y se llegó a un paquete de negociación que estaba constituido, en primer lugar, por una competencia reducida, sólo cuatro crímenes: y de los cuatro crímenes, realmente tres: el genocidio, los delitos de lesa humanidad, y los crímenes de guerra. El crimen de agresión quedó «*ad calendas graecas*», aunque ya fue bastante que se mencione en el artículo 5 del

Estatuto, porque el crimen de agresión necesita ser definido y establecido el procedimiento en relación con el sistema de las Naciones Unidas, (competencias del Consejo de Seguridad.)

En segundo lugar, el umbral. No todos los delitos internacionales van a ser conocidos por la Corte. Salvo en el caso del genocidio, se exige un determinado umbral, una determinada intensidad. Los delitos han de ser cometidos masiva o sistemáticamente y por otra parte lo que se remite a la Corte no son personas, sino situaciones, que alcanzan esa entidad.

También se afirmó el principio de complementariedad con las jurisdicciones penales nacionales. La competencia de los tribunales penales nacionales siguen existiendo, incluso hubo algún autor que habló del carácter subsidiario de la Corte Penal Internacional frente a las jurisdicciones penales nacionales. Creo que es más exacto hablar de complementariedad.

La figura del fiscal fue criticada. El fiscal era el hombre más poderoso del mundo, según dijeron. Es un fiscal independiente, instructor o investigador. No sólo parte, como conocemos en nuestro país. Pero el fiscal instructor en seguida fue controlado por la Sala de Cuestiones Preliminares. Esta Sala será por tanto el eje de puesta en marcha de los mecanismos de funcionamiento de la Corte.

La aceptación automática de la competencia quiere decir que no es necesario, después de la ratificación, que los Estados de una forma expresa acepten la competencia de la Corte: el hecho de la ratificación ya significa esta aceptación.

Y, finalmente esa cláusula final producto del consenso, la cláusula del Art. 124, mediante la cual, un Estado parte puede suspender la competencia de la Corte Penal Internacional para los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio durante siete años. Este fue el pacto al que se llegó y que motivó el voto afirmativo de Francia, de Rusia y de otros países, aunque las grandes potencias querían un precepto todavía más restrictivo.

Las facultades del Consejo de Seguridad también fueron objeto de polémica porque el Consejo puede, realmente, enervar la actuación de la Corte en determinados casos. El Consejo de Seguridad puede dirigirse a la Corte requiriéndole para que suspenda una actuación judicial. En este caso, el veto funciona al revés; si uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, o la mayoría de sus miembros se opone a esta iniciativa, el Consejo de Seguridad no puede hacer este requerimiento. Por el contrario, si se precisara la autorización, el veto de un miembro permanente podría paralizar la actuación de la Corte.

En la mañana del 16 de julio de 1998 no había nada decidido. En aquel momento no se había logrado un consenso sobre los problemas básicos. Entonces fue cuando el embajador *Kirsch*, presidente del Comité Plenario, formuló un documento con un paquete de medidas y, logró que los países afines y los países no alineados apoyaran la parte sustancial del Estatuto. La firmeza de los Estados afines y, sobre todo, la seguridad de los votos de muchos países, fundamentalmente los países no alineados, van a hacer que en definitiva el tema salga adelante. En primer lugar en el Comité Plenario, con unas primeras votaciones donde la India va a disimular su oposición al Estatuto tratando que se considere crimen de guerra el uso del arma nuclear, pero esta propuesta y la posterior de Estados Unidos, con una norma que cuestionaba la competencia de la Corte, van a ser derrotadas.

El Estatuto fue aprobado, mediante votación, no por consenso. En el Salón de Plenos de la FAO, con todo el ceremonial de las Naciones Unidas, presididos por su Secretario General, se presenta el documento aprobado en el Comité Plenario y Estados Unidos, pide votación no registrada.

Votaron en contra, según creemos, Estados Unidos, China, India, Israel, Libia e Irak y posiblemente Qatar.

#### IV. BREVE EXPOSICIÓN DEL CONTENIDO DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Se trata del Estatuto de una Corte Penal Permanente:

- Independiente
- Con pretensiones de ser Universal. Vinculado al sistema de las Naciones Unidas sin ser un órgano de las Naciones Unidas.
- Que sólo tiene competencias para los crímenes más graves, a través de un umbral.
- Sin carácter retroactivo, ni en su aspecto penal ni procesal.
- Que ejerce la jurisdicción sobre las personas y no sobre los Estados.
- Dotado de capacidad jurídica y personalidad jurídica internacional.

Realmente el órgano fundamental es la Asamblea de los Estados Parte, pero esta Corte necesita tener una serie de relaciones con los órganos principales de las Naciones Unidas, fundamentalmente con el Consejo de Seguridad y con la Asamblea General.

Tiene una competencia indudable: la que se refiere al crimen de genocidio. Realmente el Convenio de 1948 ha sido trasladado casi literalmen-

te al Estatuto. Pero la gran novedad del Estatuto de la Corte son los crímenes de lesa humanidad, todos ellos con un umbral, puesto que se necesita un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Son: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, la encarcelación ilegal, la tortura, los abusos sexuales graves, la persecución de un grupo, la desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid, y otros actos inhumanos similares. Al definir estos crímenes, triunfó el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, es decir, el derecho continental en cuanto a la descripción de estos crímenes. Y hay que decir que, además, muchos de los crímenes de lesa humanidad son definidos en el propio Estatuto. Estas definiciones fueron muy polémicas, pero se consiguió ampliar el número de crímenes de lesa humanidad.

Una referencia breve a los crímenes de guerra, que aparecen en cuatro apartados. El primero son las infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra que describen estos crímenes. El segundo fue más polémico, porque se refiere a «otras violaciones graves» y no sólo incluye el derecho de Ginebra sino también el derecho de La Haya. España logró que se consideraran crímenes de guerra los ataques a las misiones de mantenimiento de la paz y a las misiones humanitarias. Pero hubo algunas cuestiones muy polémicas. Por ejemplo, el tema de las armas: armas prohibidas y armas lícitas. Sólo se castiga como crimen de guerra la utilización del veneno, de los gases asfixiantes ó tóxicos, de las balas con incisiones». No se avanzó hacia la incriminación de otro tipo de armas como podían ser las minas antipersonales ó el arma química. Simplemente se dejó abierto el tema a otras armas o métodos de guerra a través de una prohibición completa que ha de incluirse en un Anexo al Estatuto, que probablemente tarde muchos años. Se planteó también sin éxito el tema del arma nuclear.

Otro asunto fue el reclutamiento obligatorio de niños menores de quince años, que se definió como crimen de guerra. Sin embargo, incluso ahí hubo dificultades, y hay que lamentar que algunas potencias de nuestro ámbito cultural se opusieran tajantemente a que el reclutamiento de niños menores de dieciocho años fuera considerado como un crimen de guerra. La postura, de España fue que el reclutamiento debía realizarse a la edad de dieciocho años, pero no se consiguió.

Los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos se van a castigar utilizando el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, y, por otro lado, el Protocolo Segundo, en unos términos que realmente pueden considerarse satisfactorios.

La cuestión fundamental del Estatuto es cómo se desencadena la actuación del Tribunal. El ejercicio de la competencia por la Corte tiene tres vías: a) La primera es que un Estado remita una situación al fiscal. La denuncia, en términos de derecho español, de un caso ante el fiscal, pero no de un caso individual sino de una situación. b) En segundo lugar, la iniciación por el fiscal, «*motu proprio*», de una investigación. En uno u otro caso ambos son tributarios de la Sala de Cuestiones Preliminares, que ha de conocer de la cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad, con participación de todos los Estados interesados. Pero no basta con que se denuncie una situación por un Estado Parte, ni basta tampoco que el fiscal actúe «*motu proprio*», pues sólo es competente la Corte si ese Estado Parte del Estatuto es el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito, o bien el Estado del que sea nacional la persona imputada. Son dos criterios de competencia alternativos.

Y el tercer mecanismo de funcionamiento de la Corte, es la actuación del Consejo de Seguridad. Pero el Consejo de Seguridad, puede pedir a la Corte la suspensión, durante doce meses renovables, de la investigación o del enjuiciamiento.

La Corte, en definitiva, tiene una organización que se basa (ver el organigrama) en una Presidencia y en tres secciones: La Sección de Cuestiones Preliminares, la Sección de Primera Instancia y la Sección de Apelación. Dentro de esas secciones funcionan unas salas que son: la Sala de Cuestiones Preliminares, la Sala de Primera Instancia, (o las salas, pues puede haber varias) y la Sala de Apelaciones. Habrá un Fiscal, una Secretaría y dentro de esta Secretaría una oficina dedicada a la protección de las víctimas y de los testigos.

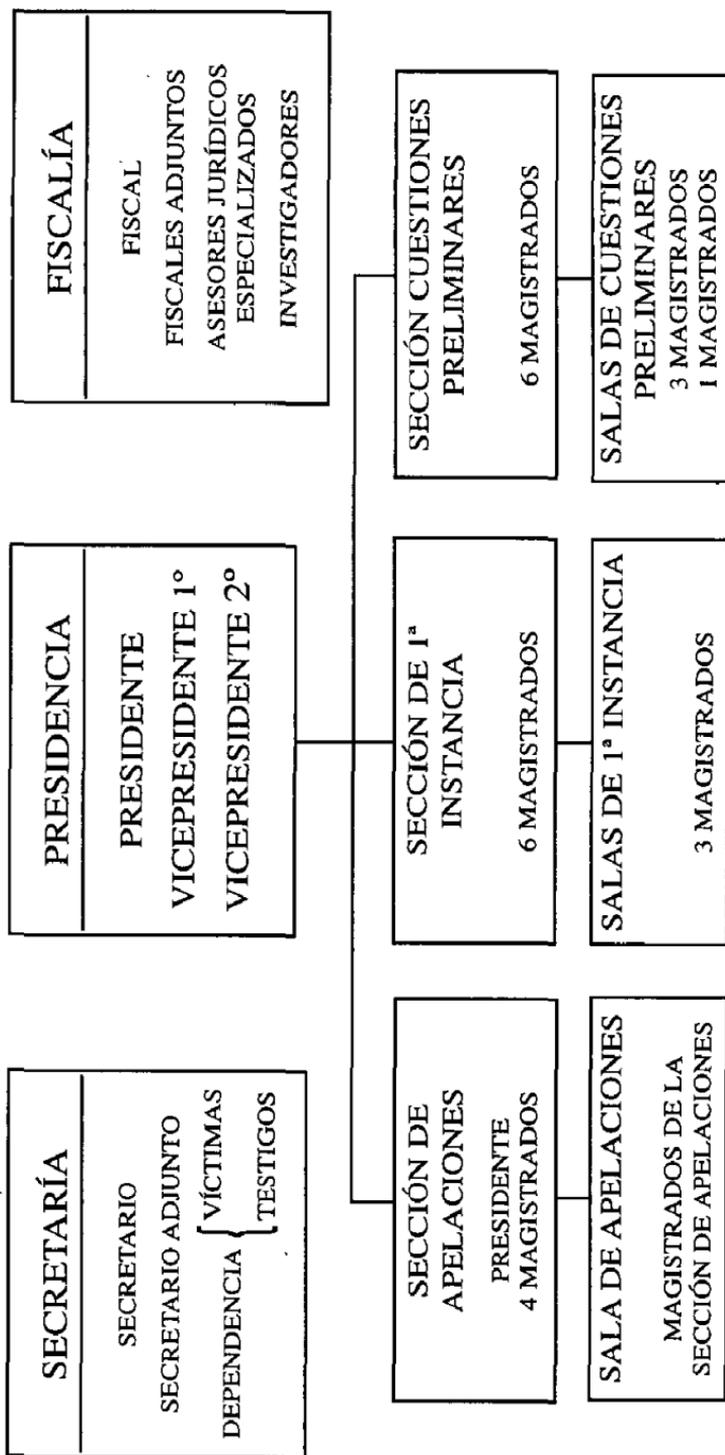
Los principios generales del derecho penal van a ser enunciados por el Estatuto. El derecho continental prima sobre el derecho anglosajón y se va a respetar el principio de legalidad penal, es decir, la predeterminación normativa y la irretroactividad; sólo son sujetos activos del delito las personas naturales no las personas jurídicas; se van a recoger los criterios de participación y de ejecución; la edad que determina la competencia de la Corte se establece en dieciocho años; se enuncia el principio de igualdad ante la Ley, sin que valgan las inmunidades de los cargos, incluso Jefes de Estado, Jefes de Gobierno, Ministros y Parlamentarios; y además se establecen dos reglas que quisiera simplemente enunciar: primero, la responsabilidad de los jefes, militares o no, sobre la conducta de sus subordinados cuando estos cometan graves crímenes, y, en segundo lugar, la obediencia jerárquica, que se limita enormemente y que realmente conduce al error de prohibición. Se regulan también las restantes circunstancias eximentes.

Se planteó el importante tema de la pena de muerte, que muchos Estados consideraron irrenunciable. En España, ha sido abolida, tanto en el derecho común como en el militar, y no hay previsión de pena de muerte. La gran mayoría de los países aceptaron que en la Corte Penal Internacional las penas sean la reclusión y la reclusión a perpetuidad, aparte de la multa y el decomiso, que en nuestro derecho no es una pena sino una consecuencia accesoria del delito. Pero para nuestro país la perpetuidad de la pena plantea un problema constitucional. En España no existen las penas perpetuas y nuestra Constitución, en el Art. 25.2 dispone que las penas privativas de libertad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social. ¿Cómo se pueden compatibilizar estos fines de la pena constitucionalmente previstos con la perpetuidad de la pena?. Con una cláusula de revisión de la pena perpetua. La Corte, a los 25 años de cumplimiento penitenciario, tiene que revisar necesariamente la pena perpetua y entre esos criterios de revisión pueden establecerse en las Reglas de procedimiento y prueba, los fines de reeducación y de reinserción social que en España salvarían el escollo constitucional de la perpetuidad de la pena.

En el momento actual, hay 86 países que han firmado el Estatuto, y cuatro (Senegal, Trinidad y Tobago, San Marino e Italia) que lo han ratificado. Esto nos hace concebir esperanzas de que pronto se obtengan los sesenta estados que lo ratifiquen y entre en vigor el Estatuto.

En España existe una Proposición no de Ley, adoptada por unanimidad por el Congreso de los Diputados, que insta al Gobierno español a enviar a las Cortes cuanto antes el texto del Estatuto para su ratificación. De forma que, con independencia de las cuestiones técnicas, hay una decidida voluntad política de que este Estatuto de la Corte Penal Internacional sea pronto una realidad.

## CORTE PENAL INTERNACIONAL



## **II. TEXTOS**

# **1. LEGISLACIÓN**

## JEFATURA DEL ESTADO

*Instrumento de ratificación por parte de España de la convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, hecha en Oslo el 18 de septiembre de 1997.*

*(Del BOE núm. 62, de 13-3-1999).*

*Instrumento de ratificación de la convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, hecha en Nueva York el 9 de diciembre de 1994.*

*(Del BOE núm. 124, de 25-5-1999)*

*Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*(Del BOE núm. 12, de 14-1-1999)*

*Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.*

*(Del BOE núm. 119, de 19-5-1999)*

## MINISTERIO DE DEFENSA

*Orden Ministerial 104/1999, de 15 de abril, por la que se modifica la Orden Ministerial 86/1993, de 13 de septiembre, por la que se crea para las Fuerzas Armadas el Distintivo del Mérito por Operaciones de Mantenimiento de la Paz.*

*(Del BOD núm. 80, de 27-4-1999)*

## MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

*Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaria General Técnica, por que se se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hechos en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al*

*Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte,*      *hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.*  
(Del BOE núm. 108, de 6-5-1999)

## **2. JURISPRUDENCIA**

## JURISPRUENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández.  
*Doctor en Derecho*  
*Teniente Coronel Auditor.*

### SUMARIO

I.—ASCENSOS. Ámbito del control Jurisdiccional sobre las actuaciones administrativas para seleccionar los asistentes a los cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de la categoría o empleo superior. II.—INVIFAS. Imprudencia de la obligación de venta de viviendas militares construidas en terrenos de la Rivera del Río Manzanares. III.—ISFAS. Falta de legitimación de la Sección Sindical demandante para impugnar el R.D. 296/1992, de 27 de marzo, sobre Reestructuración de la composición, funcionamiento y atribuciones de sus órganos de gobierno y administración. IV.—MUTILADOS E ISFAS. Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas no pueden extenderse al extinguido Cuerpo de Mutilados. V.—REVISIÓN EXPROPIATORIA. No procede por la venta a personal vinculado al Ministerio de Defensa de viviendas construidas en terrenos expropiados al objeto de construir en ellos viviendas para ese mismo personal.

### I. ASCENSOS. SELECCIÓN DE ASISTENTES A CURSOS DE CAPACITACION PARA EL DESEMPEÑO DE LOS COMETIDOS DE LA CATEGORIA O EMPLEO SUPERIOR

El control jurisdiccional puede actuar sobre valoraciones para los que la Administración goza de la llamada «discrecionalidad técnica» cuando incurran en posible contrariedad porque se omita claramente algún precepto concreto del baremo establecido o se manifieste un evidente error en operaciones de apreciación matemática, que da lugar a puntuaciones

incorrectas, no por la valoración que se haya hecho de méritos o circunstancias, sino por la propia transgresión de las normas que definen los conceptos a valorar y el cómputo a aplicar. Respecto al carácter «reservado» de las hojas de servicios, los informes personales de calificación y ficha resumen o consideración jurídica de los mismos como actos de trámite en los procedimientos de evaluaciones y clasificaciones del personal militar.

## AUDIENCIA NACIONAL

**Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta.**

**Sentencia de 26 de marzo de 1998**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Narvaez Fernández**

### FUNDAMENTO DE DERECHO

1. La parte demandante pretende en el recurso, se declaren contrarias a derecho, y anulen las resoluciones recurridas, y de contrario se reconozca el derecho del recurrente a ser seleccionado para la realización del Curso de General, del que considera fue excluido indebidamente, y que una vez reconocido el citado derecho, y resultara imposible la realización del Curso, que se declare su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados.

Fundamenta su petición, de una parte considerando que no ha sido suficientemente motivada, la exclusión de que fue objeto para asistir al curso mencionado, y de otra parte que los méritos y circunstancias de los compañeros seleccionados son inferiores a los suyos.

2. La Administración demandada, se opone a las anteriores pretensiones, con las siguientes alegaciones y argumentaciones legales.

Por considerar que los informes que sirvieron de motivación a la desestimación de sus peticiones no resultan desvirtuados por los argumentos en que basa el recurrente su pretensión de inclusión en el curso de ascenso a General.

Y en segundo término, que las resoluciones recurridas resultan suficientemente motivadas a tenor de la doctrina que ha sentado el Tribunal Supremo, según el cual no es necesario una exposición pormenorizada y extensa de las razones que llevan a la resolución administrativa, bastando una relación somera si de ellas resultan evidentes los motivos en que se

funda la resolución, cual es claramente la necesidad de racionalizar los medios humanos y económicos, así como la valoración de los méritos de los solicitantes que no pueden considerarse razones subjetivas sino objetivas y suficientes para fundamentar las resoluciones recurridas.

3. La cuestión debatida pues, consiste en analizar, en base a la normativa que regula la evaluación y selección del personal militar, para concurrir a los cursos de capacitación para el ascenso al empleo superior, si la Administración Militar en la actuación aquí impugnada, se ha ajustado o no a tal ordenamiento.

Para ello empezaremos por transcribir, los preceptos que han de servirnos, para encuadrar el caso aquí planteado.

I) DE LA LEY 17/89 DE 19 DE JULIO, REGULADOR DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL:

Art. 84. 2. Para el ascenso a los empleos de General de Brigada haber realizado cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de la categoría o empleo superior. Para asistir a los correspondientes a General de Brigada, serán seleccionados un número limitado de concurrentes mediante los sistemas de evaluación regulados en el capítulo V de este Título.

CAPITULO V. Artículo 88.3. También se efectuarán evaluaciones cuando, de acuerdo con lo previsto en el artículo 84.2 de esta Ley, haya que seleccionar un número limitado de concurrentes para asistir a curso de capacitación para el desempeño de los cometidos de la categoría o empleo superior.

Artículo 89. 1. Toda evaluación estará basada en el análisis de las circunstancias de cada interesado en los aspectos de su personalidad, competencia y actuación relacionados con el objeto de la evaluación.

2. Cada evaluación se basará en:

a) En historial militar.

b) La información complementaria aportada por el interesado sobre su actuación profesional que pueda no estar reflejada en su historial militar y merezca ser tenida en consideración.

c) Evaluaciones anteriores.

d) Las certificaciones a que se refiere el artículo 58 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

e) Cualquier otro informe que se estime necesario.

Artículo 93. Existirán evaluaciones para determinar quienes deben ser seleccionados para asistir a los cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de la categoría de Oficiales Generales en el número que sea fijado previamente por el Ministerio de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente. La relación de los propuestos se presentará al Ministro de Defensa y este aprobará con carácter definitivo quienes deben asistir a los citados cursos de capacitación.

Las mencionadas evaluaciones serán efectuadas por Juntas nombradas expresamente.

## II) DEL REGLAMENTO GENERAL DE EVALUACIONES APROBADO POR R.D. 1622/90 DE 14 DE DICIEMBRE

Artículo 4. Las evaluaciones para la selección de concurrentes a los cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de la categoría de Oficiales Generales, tienen por objeto seleccionar a los asistentes a los mismos en función de su idoneidad, méritos y aptitudes acreditados.

Artículo 17. 1. Las evaluaciones para determinar quienes deben ser seleccionados para asistir a los cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de la categoría de Oficiales Generales se llevarán a cabo normalmente por la misma Junta de Evaluación que realice las correspondientes al ascenso a los empleos de Coronel, Comandante y Subteniente, respectivamente, de modo simultáneo.

2. El número de evaluados a este fin y el de asistentes al curso será fijado previamente por el Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente.

3. La relación de los propuestos se presentará por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo, el cual, una vez informada por el Consejo Superior y teniendo en cuenta su propia valoración, la elevará al Ministro de Defensa, que aprobará con carácter definitivo quienes deben asistir a los cursos citados.

4. El recurrente en su exposición de motivos hace una síntesis de su trayectoria militar, cursos realizados y recompensas obtenidas, reflejando tener un perfil muy notable que le ha hecho acreedor de ejercer el mando de la Brigada XXII que hoy ostenta, terminando con unas valoraciones subjetivas sobre prestigio profesional ante superiores, compañeros y subordinados.

5. Por parte de la Secretaría Permanente para la Evaluación y Clasificación (SEPEC) del Ejército de Tierra se informa en autos con fecha 16 de abril de 1997 que:

Con respecto a las copias testimoniales de los cuarenta expediente de los Coroneles que fueron seleccionados, así como la Ficha Resumen de la Hoja de Servicios, es opinión de esta SEPEC, de acuerdo con lo dispuesto en el Apto. 2.6 de la IG 9/89 del EME, que, desarrolla la O.M. 1/1982, de 25 de enero, sobre «Normas para la Protección de la Documentación y Material Clasificado», derivada de la Ley 9/1968, de «Secretos Oficiales» que, las Hojas de Servicio, así como los Informes Personales de Calificación y Ficha Resumen, elementos que constituyen el expediente de calificación tienen la consideración de Reservado, afirmación ésta también sustentada en Sentencia del Tribunal Supremo, con fecha 16 de julio de 1985 (RA 4181, fundamento jurídico 5º) que dictaminó que los informes personales son actos de trámite que se integran en el conjunto de las actuaciones administrativas que conforman el procedimiento para efectuar las evaluaciones y clasificar los interesados, en relación con las vicisitudes de la Carrera Militar.

Por otra parte, de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Ministros, del 28 de noviembre de 1986, dictado al amparo de la Ley de Secretos Oficiales, dichos informes tienen la clasificación de Reservado según se determina en el artículo segundo, apartado 6 y con fecha 24 de abril siguiente, se certifica por el Consejo Superior del Ejército que consultada la documentación que obra en dicho Organismo, sobre la clasificación para el Curso de Capacitación para el ascenso a General de la XIX Promoción de la AGM a la que pertenece el Coronel de CGA. (INF), RIVERA BARRIGA, y en uso a las facultades que se confiere al Teniente General Jefe del EME, la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley 3/1985, de 10 de junio, oído el informe del Consejo Superior del Ejército que figura en el Acta número 172 de la sesión celebrada por el mismo el día 29 de junio de 1994, el citado Coronel no fue seleccionado para asistir a dicho Curso, por no reunir las condiciones de prelación e idoneidad que preceptúan los artículos 92 y 93 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del personal Militar Profesional.

6. Planteada así la discusión, la Sala debe dejar sentado en primer lugar, que por lo que respecta al procedimiento regulador, de la posible selección del interesado para ser convocado al pretendido Curso de Capacitación para oficiales Generales, se ha seguido correctamente, según consta en autos, sin que se encuentre reparo alguno sobre la forma en que

fueron evaluados los méritos y circunstancias del interesado, observándose cuantos requisitos y garantías fundamentales, se exigen en la normativa analizada.

7. La cuestión que resta por debatir pues, consiste en analizar si la Administración obró correctamente, al valorar los méritos del recurrente, y de los 40 coroneles seleccionados para la asistencia del Curso de Capacitación de referencia, y que dio como resultado su no designación, entre el número limitado en dicha cifra, que había quedado fijada reglamentariamente.

Aunque se admita de principio, y según tienen declarado la reiterada jurisprudencia, que los Tribunales de lo contencioso-administrativo, no pueden entrar a enjuiciar, salvo casos excepcionales las valoraciones que haga la Administración, en las materias que se contraen a la llamada discrecionalidad técnica, tratándose de Oposiciones o Concursos de funcionarios, revisando las pruebas realizadas para modificar las puntuaciones concedidas por las Comisiones examinadoras, de las mismas, ni respecto a la puntuación de los méritos alegados y acreditados por los participantes, cuando deriven de circunstancias y características propias de una discrecionalidad técnica de los órganos administrativos.

Es también reconocido por la jurisprudencia la posible arbitrariedad de estas valoraciones cuando se omite claramente algún precepto concreto del Baremo establecido, o se manifiesta un evidente error en operaciones de apreciación automática, que da lugar a puntuaciones incorrectas no por la valoración que se haya hecho de méritos o circunstancias, sino por la propia transgresión de las normas que definen los conceptos a valorar, y el cómputo a aplicar.

Pero es necesario añadir, que ello quiere decir que este tema no debe plantearse en base a la admisión o no de la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente, la actividad técnico-administrativa de estas Comisiones de calificación, sino en función de los elementos de juicio que disponga el juzgador, «pues entendida la afirmación de que la discrecionalidad técnica, se impone sin más, a cualquier control jurisdiccional, nos conduciría a la incorrecta conclusión del sometimiento del juzgador a las apreciaciones del órgano administrativo, cuyo acto calificador es precisamente el objeto de la revisión contencioso-administrativa, lo que en el nivel pragmático implicaría un claro quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el Art. 24.1 de la Constitución, al quedar así de hecho impugnables las estimaciones técnicas del mencionado Tribunal Calificador». (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1986 (R. Ar. 2854).

Por ello hemos de insistir en este punto que invoca como es usual la discrecionalidad técnica de las Comisiones para justificar su exclusión del control jurisdiccional, en lo que al contenido de sus decisiones se refiere, no encaja con nuestro sistema constitucional de control judicial pleno de la actividad administrativa. Esto es, que la valoración dada por los órganos administrativos, en materia de tal discrecionalidad, no puede ser sustituida por la actividad jurisdiccional, cuando ésta carezca de los elementos de juicio necesarios para ello, pero no porque su naturaleza lo impida. (Así se deduce de la doctrina que hemos visto desarrollada en las Sentencias del TC 39/1983 de 17 de mayo y del TS de 5 de octubre de 1989, entre otras).

8. Matizando sobre la específica jurisprudencia constitucional en esta materia, debemos explicar que la doctrina de la discrecionalidad técnica como aquel núcleo material de la decisión técnica no fiscalizable por el órgano administrativo encargado de aprobar la propuesta del tribunal calificador, y, en consecuencia, tampoco por los órganos jurisdiccionales, ha sido acogido por el TC en sucesivos pronunciamientos.

Fue en la sentencia 39/83, de 16 de mayo cuando por primera vez el TC tiene ocasión de pronunciarse al respecto. En esta ocasión y dejando al margen otras cuestiones planteadas, consideró que: «el juicio sobre el puesto que en la relación de elegibles mereció el recurrente ante el Consejo Superior de la Armada, no es una cuestión de legalidad sino una cuestión técnica y escapa por tanto al control jurisdiccional». (Que es por cierto un caso similar al discutido en el presente pleito).

Declarando igualmente, que tal exención de control jurisdiccional no transgrede derecho fundamental alguno:

«La conclusión a que se llega en este caso concreto no supone, naturalmente, desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el Art. 24.1 de la CE, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (Art. 103.2) ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa su sumisión a los fines que la justifican (Art. 306.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa

por su propia naturaleza al control jurídico que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales» (fund. jco. 4°).

9. En conclusión la Sala, ha de respaldar la actuación administrativa impugnada, considerando que el interesado se ha limitado a poner de manifiesto su trayectoria militar y méritos que, de manera subjetiva, estima suficientes para ser convocado al curso de capacitación para el empleo de Oficial General, cuando no es menos cierto que, las evaluaciones tienen por finalidad la selección de un número limitado de concurrentes a dichos cursos, resultando así que en el presente caso la Junta correspondiente llevó a efecto tal evaluación, de conformidad con la normativa aplicable, y teniendo en cuenta las circunstancias de mérito, capacidad, e idoneidad acreditados, según criterios racionales de discrecionalidad técnica de que goza la Administración, en el caso planteado, no proponiendo la selección del interesado, lo que fue confirmado por los sucesivos órganos administrativos del Ejército, y en definitiva por el Ministro de Defensa.

Por último, significar que la no selección del interesado, sin ser demérito de su trayectoria profesional, en nada vulnera el Art. 14 de las Reales Ordenanzas, por cuanto la justicia que debe imperar en los Ejércitos, como manifiesta tal precepto, no se ve vulnerada por el hecho de que en una evaluación específica se haya considerado que otros compañeros ostentan una valoración objetiva superior a la del recurrente.

## II. INVIFAS

Improcedencia de la obligación de venta de viviendas militares construidas en terrenos de la ribera del río Manzanares por virtud de lo previsto en el Decreto 318/1959, de 5 de marzo, que regulaba el Plan de construcción de viviendas de los Patronatos de los distintos Departamentos Ministeriales, militares y civiles, tras haberse urbanizado los terrenos de la ribera del río Manzanares entre los puentes de Segovia y Toledo. La invocación del principio de igualdad tampoco puede acogerse desde el momento en que cada Ministerio —Patronato— tenía legalmente concedida la opción para elegir entre arrendar sus viviendas o venderlas, ya que mal puede hablarse de desigualdad ante la Ley sobre la base del ejercicio de una opción que la propia Ley permite.

## AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia de 25 de noviembre de 1998

Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Falcón Dancousa

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente recurso jurisdiccional interpuesto por Don XXX, Teniente del Ejército del Aire, en situación de Reserva se dirige contra la resolución del Ministro de Defensa de 28 de septiembre de 1995, que deniega la solicitud formulada por el actor de que se le venda la vivienda que ocupa por hallarse acogida a lo previsto en el Decreto 318/1959, de 5 de marzo, por el que se regula el Plan de Construcción de viviendas de los Patronatos de los distintos Departamentos Ministeriales, Militares y Civiles, tras haberse urbanizado los terrenos de la ribera del río Manzanares entre los puentes de Segovia y Toledo; y se pretende que se declare el derecho del recurrente a que se le venda la vivienda militar que ocupa en arrendamiento sita en la Avenida de Manzanares nº 18m 6º-B, de Madrid.

El actor fundamenta su pretensión en la aplicación del que califica vigente Real Decreto 138/1959, de 5 de marzo, que a su entender reguló la construcción de viviendas para su posterior venta; y alega el Principio de Igualdad, pues las casas de otros Ministerios, sí han sido vendidas a los funcionarios que las habitaban.

La resolución administrativa impugnada deniega la solicitud de venta por los razonamientos contenidos en el Informe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, que se une y se dan por reproducidos los hechos y fundamentos de derecho del mismo, y estos argumentos sirven fundamentalmente de base a la oposición formulada por el Abogado del Estado.

2. Como ya se ha dicho, el interesado fundamenta la impugnación de la resolución Ministerial en los mismos términos prácticamente en que fundamentó su solicitud, alegando que la vivienda que ocupa en arrendamiento, y en general las viviendas de la Barriada del Virgen del Puerto, en la rivera del Manzanares, terrenos urbanizados como consecuencia de la canalización de dicho río, se construyeron al amparo del Decreto 318/1959, de 5 de marzo, por el que se cedían terrenos de la Canalización

del Manzanares para construir viviendas de régimen de acceso a la propiedad, de tal manera que, al contrario de los militares, los demás Departamentos Ministeriales construyeron y vendieron las viviendas a sus funcionarios.

Ahora bien, para el estudio y decisión de la cuestión aquí planteada, como dice el Abogado del Estado, no sólo hay que tener en cuenta el Decreto 318/1959, de 5 de marzo, sino también el resto de la Legislación también aplicable a las viviendas de que se trata.

En efecto, por Ley 13 de noviembre de 1957, se aprobó el «Plan de Urgencia Social de Madrid para la construcción de 60.000 viviendas», y se encomendó su ejecución al Ministerio de la Vivienda, previéndose en su artículo 6 la colaboración de diversos Organismos. El artículo 1º de la citada Ley creó, con el nombre de «Viviendas Subvencionadas», una nueva categoría dentro de las, ya anteriormente existentes, «Viviendas de renta limitada» que, a su vez, habían sido establecidas por el artículo 2º de la Ley de 15 de julio de 1954.

El citado Decreto 318/1959, de 5 de marzo, reguló el «Plan de Construcción de Viviendas de los Patronatos de los distintos Departamentos Ministeriales», manifestando, en su exposición de motivos, que la colaboración que preveía el artículo 6 de la Ley de 13 de noviembre de 1957 ha de referirse prácticamente a la afección al «Plan de Urgencia Social de Madrid» de los terrenos urbanizados entre los puentes de Segovia y Toledo, terrenos en los que se podrían construir por los Patronatos «un gran número de viviendas subvencionadas con acceso a la propiedad». Consecuentemente, el artículo Primero de este Decreto dispuso que, «por los Patronatos de Casas de los distintos Departamentos Ministeriales y sus Servicios, se desarrollará un plan de construcción de viviendas en los terrenos urbanizados por la canalización del manzanares entre los puentes de Toledo y Segovia destinadas a sus funcionarios o empleados».

Por Decreto de 22 de noviembre de 1957 se reguló la figura de las «Viviendas Subvencionadas» que había sido creada, como se ha dicho antes, por la citada ley de 13 de noviembre de 1957, extendiendo a las mismas los beneficios del artículo 5 del Decreto de 24 de junio de 1955, que aprobó el Reglamento de Viviendas de Renta Limitada, y otorgando una subvención a fondo perdido de 30.000 pesetas. Tales viviendas podrían ser destinadas a cesión en arrendamiento o venta, como se infiere de su artículo 5, que determina que el alquiler inicial fijado por el Ministerio de la Vivienda sería revisado anualmente para ajustarlo a las variaciones del

coste de la vida, y como también se infiere en su artículo 7 que alude a que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 115 del Decreto de 24 de junio de 1955, las viviendas subvencionadas podrían ser enajenadas por edificios o bloques completos, o separadamente por viviendas.

El citado Decreto de 24 de junio de 1955 que aprobó el Reglamento de Viviendas de Renta Limitada, al regular su uso y conservación, establecía en su artículo 102 que las viviendas de renta limitada podrían ser cedidas en alquiler o gratuitamente o venderse al contado o a plazos.

3. De lo hasta aquí expuesto se desprende que, con arreglo al régimen jurídico global aplicable a las viviendas en cuestión, era perfectamente posible cederlas tanto en arrendamiento como en compraventa, y el Ministerio del Aire optó por el arrendamiento, que es precisamente el régimen en el que el actor disfruta de su vivienda desde el 1 de abril de 1979, según el mismo manifiesta.

4. Como se ha dicho, el actor también intenta derivar su pretendido derecho a la venta de la vivienda del principio de igualdad, sobre la base de que unos Ministerios han vendido las casas a los funcionarios que las ocupaban; pero esta fundamentación no puede acogerse, pues la invocación del principio de igualdad debe asentarse en una identidad de supuestos y partiendo, o dentro, de la legalidad; y en el presente caso, por lo antes expuesto, desde el momento en cada Ministerio —Patronato— tenía legalmente concedida la opción para elegir entre arrendar sus viviendas o venderlas, mal puede hablarse de desigualdad ante la Ley sobre la base del ejercicio de una opción que la propia Ley permite, y no hay norma ni tan siquiera razón lógica, para obligar a unos Ministerios, o en concreto por el caso enjuiciado al Ministerio de Defensa, a vender sus viviendas solo por el hecho de que otros Ministerios así lo hayan decidido.

5. Por último, como también pone de manifiesto el Abogado del Estado, la entrada en vigor del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, ha supuesto la introducción de un nuevo procedimiento al que ha de ajustarse toda enajenación de inmuebles. Su Disposición Adicional Segunda crea la Oficina Liquidadora, para ejercer cuantas acciones sean procedentes para realizar el patrimonio de los organismos extinguidos que el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas —INVIFAS— declare no ser de interés a efectos de apoyo logístico. Por ello, parece claro, que esta declaración de no interés a efectos de apoyo logístico, es requisito previo imprescindible para el inicio de cualquier procedimiento de enajenación que permite el citado Real Decreto, sin que sea posible cinco años después de esta norma el abrir procedimientos distintos sobre la base de

la legislación de 1959, sin que pueda hablarse en ningún caso ni concepto de derechos adquiridos en el supuesto que nos ocupa.

6. Toda esta argumentación, sobre la que se basa fundamentalmente la denegación de la solicitud de venta de la vivienda, no es desvirtuada en absoluto por las alegaciones y pruebas esgrimidas por el recurrente en esta sede jurisdiccional, por lo que su validez como fundamento para el rechazo de la petición del actor sigue plenamente vigente.

7. Todo lo hasta aquí razonado conduce derechamente a la desestimación del recurso jurisdiccional planteado, dada la justeza de la resolución combatida a las normas aplicables.

### III. ISFAS. IMPUGNACIÓN DEL R.D. 296/1992 DE 27 DE MARZO, SOBRE REESTRUCTURACIÓN DE LA COMPOSICIÓN, FUNCIONAMIENTO Y ATRIBUCIONES DE SUS ÓRGANOS DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

La Sección Sindical demandante, por su propia naturaleza de instancia organizativa sindical carente de personalidad, no se halla legitimada para impugnar el R.D. 296/1992. No es aplicable a la materia debatida por normas alegadas del Art. 72 del convenio 102 OIT, ya que la administración del ISFAS se halla confiada a una reglamentación de derecho público y tutelada por un Departamento Ministerial (el de Defensa) responsable ante las Cortes de España.

## TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta.**

**Sentencia de 15 de septiembre de 1998**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Camón Moyano**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto la impugnación el Real Decreto núm. 296/1992 de 27 de marzo, publicado en el BOE núm. 99 de 24 de abril de 1992, sobre reestructuración de la composición, funcionamiento y atribuciones de los órganos de gobierno y administración del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, interesando la parte actora en su pretensión la declaración de nulidad de pleno derecho del Real Decreto.

El Real Decreto 296/1992 de 27 de marzo tiene por objeto, como expresa su exposición de motivos, la adaptación de los órganos centrales del ISFAS a las circunstancias derivadas de la mejor aplicación de los principios administrativos de economía, celeridad y eficacia propios de la LPA y de la adaptación de los órganos colegiados del ente a consecuencia de las variaciones determinadas por la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Personal Militar Profesional.

En el ISFAS, se constituyó por el Sindicato Comisiones Obreras una Sección Sindical, sin que conste fecha ni tampoco consten sus estatutos o reglamento organizativo, pero cuya existencia ha sido declarada por sentencia firme dictada en grado de suplicación por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 15 de octubre de 1990, en proceso sobre protección del derecho de libertad sindical.

Promulgado el expresado Real Decreto, por la Sección Sindical demandante se impugna el mismo solicitando su declaración de nulidad cuya pretensión funda en los siguiente motivos: a) contravención de los postulados constitucionales y legalidad ordinaria en materia de participación institucional, lo que funda en el R.D. Ley 36/1978, de 16 de noviembre, en el R.D. 344/1985, de 6 de marzo sobre participación institucional en los órganos colegiados de MUFACE, en los Arts. 2.2.d y 6.3.A) de la LOLS 11/85 de 2 de agosto, en el principio directivo 27 de la Recomendación núm. 67 de la OIT y en el Art 72 del convenio 102, también de la OIT; b) omisión de trámite de audiencia de la Sección Sindical demandante, lo que estima infringe el Art. 130.4 de la LPA; omisión del dictamen del Consejo de Estado; y alegando también quebrantamiento del procedimiento administrativo seguido en la elaboración del Real Decreto impugnado, por cuanto la remisión del proyecto a informe de los Departamentos ministeriales no se hizo observando el plazo de 8 días que establece el Art 131.1 de la LPA.

La representación del Estado alegó en su contestación a la demanda el motivo de inadmisibilidad del recurso fundado en el Art. 82.b) de la LJ, que basa en defecto de legitimación activa de la Sección Sindical recurrente, por cuanto entiende no se halla en el ámbito de actuación sindical de la misma la impugnación del R.D. 296/92 y de otra parte, por cuanto estima ilegítimo el poder con el que actúa el Letrado representante de la Sección Sindical ya que siendo él Delegado Sindical de la misma y otorgante del poder mediante el que se comparece en el proceso se da, a juicio de la representación del Estado, una concurrencia que no es conforme con la separación de intereses y personas exigibles en el ámbito o del

*ordenamiento; y en cuanto al fondo, se opuso la pretensión de la parte actora por las razones que alegó referidas a cada uno de los fundamentos alegados de contrario.*

2. Analizando por su carácter previo la alegación deducida por la representación del Estado sobre la ilegalidad del poder con el que actúa el Letrado que representa a la Sección Sindical demandante, debe encuadrarse en razón a su objeto inmediato no tanto en el apartado b) del Art. 82 LJ, como más propiamente en el Art. 533.3º de la LEC de subsidiaria aplicación, en cuanto que el otorgante del negocio jurídico representativo en su calidad de Delegado Sindical de la Sección actora es la misma persona a cuyo favor se otorga el poder; en orden a cuya situación procede indicar que la aplicación a ella del núcleo material de la autocontratación que haría ineficaz el negocio representativo, necesitaría para su procedencia, a salvo de una prohibición legal expresa que no existe en la esfera de un órgano como es una sección sindical, la existencia de un interés contrapuesto, entre el órgano sindical demandante representado por el poderdante y el apoderado, sin que existan indicios de tal contraposición de intereses, por lo que siguiendo el espíritu de las sentencias de este Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956 y 22 de febrero de 1958, en la situación analizada no se da en lo que a este proceso se refiere, motivo alguno que invalide el poder en virtud del cual actúa el representante de la Sección Sindical demandante, lo que determina la desestimación del motivo previo que se analiza.

Por lo que se refiere a la causa de inadmisibilidad deducida por la representación del Estado conforme al Art. 82.b de la LJ, referida a la falta de legitimación activa de la Sección Sindical demandante, conviene precisar que las secciones sindicales son una instancia organizativa de los entes sindicales en que se encuadran con un fin determinado, pero sin que su reconocimiento venga determinado con la Constitución como expresión del contenido de la libertad sindical en el art. 28.1 de la misma ya que el mismo contempla solo como núcleo esencial de aquella, el derecho a fundar sindicatos sin autorización previa dentro del respeto a la Constitución y a la Ley (Art. 7 CE), confederarse y afiliarse tales entes interna o internacionalmente, en su proyección individual afiliarse al de su elección de personal o no afiliarse, en un todo coincidente con la explicitación que de tal núcleo esencial se contiene en el Art. 2º de la LOLS 11/85.

Esto, que es una constante en el entorno en que se inscribe el sindicalismo establecido en la Constitución, tiene su reflejo tanto en normas internacionales como internas referidas al establecimiento de las instan-

cias organizativas propias los sindicatos atendiendo a su función específica, circunscribiéndose a las secciones sindicales al concreto ámbito de la representación de los trabajadores del correspondiente sindicato en la empresa y cuya representación puede coexistir con la unitaria que es de ámbito total; en este sentido los convenios núms. 87 y 94 de la OIT consagraban el derecho de los sindicatos a organizar su administración y actividades y a formular sus programas de acción, así como a recibir por ello los afiliados una adecuada protección contra los actos de discriminación tendentes a menoscabar la libertad sindical; y luego el convenio 135 y la recomendación 143, se hallan referidos genéricamente a que los representantes de los trabajadores, sean los elegidos por todo el personal de la empresa (los unitarios) o los elegidos a nivel de empresa por los miembros de los sindicatos, son los que deben gozar de la protección específica consagrada por estos instrumentos y referidas básicamente a las causas de extinción de su relación de trabajo, consulta al órgano de representación en la empresa y previa a su despido o separación, readmisión del despedido injustamente, inversión en la carga de la prueba en caso de despido discriminatorio y prioridad para mantener el puesto de trabajo caso de reducción de plantilla; y estableciéndose (Art. 5º del Convenio 135) la dualidad entre las representación sindical y la unitaria dentro de la empresa, cuya regulación se remite ya a la legislación de cada país o a los convenios colectivos internos (Art. 6º del Convenio 135).

No siendo de aplicación a la materia debatida las normas alegadas del Art. 72 del Convenio 102 OIT, ya que la administración del ISFAS se halla confiada a una reglamentación de derecho público y tutelada por un Departamento Ministerial (el de Defensa) responsable ante las Cortes de España; y de otro lado, tampoco es aplicable el núm. 27 de la Recomendación núm. 67 OIT, por su carencia de valor normativo vinculante y estar excluida la materia organizativa del ISFAS del ámbito sindical en razón a sus componentes básicos mayoritarios, como luego se examinará.

En esta línea la LOLS 11/85 de 2 de agosto, luego de explicitar el contenido de la libertad sindical en su doble proyección colectiva e individual, en su Tit. IV y bajo la rúbrica de la acción sindical, regula en su Art. 8º.1 a) la constitución de las secciones sindicales como una estructura organizativa del sindicato carente de personalidad jurídica, lo que no excluye que, cumplidas las condiciones requeridas *ex lege* en cada caso (Art. 152 conflictos colectivos, Art. 163 convenios colectivos, Arts. 171 y 175 materia sindical, todos ellos de la LPL) puedan instar procesos pro-

pios de aquellas materias referidos a los aspectos de la acción sindical en la empresa o centro de trabajo de conformidad con lo establecido en los estatutos del Sindicato; teniendo atribuidos en iguales ámbito y función los sindicatos con implantación en la empresa y mas representativos mediante las secciones sindicales si existen y si no en forma directa, los derechos que se les reconozcan en el correspondiente convenio colectivo en cuanto sea conforme a la ley y superen el mínimo legal del Art. 8.2 LOLS, referido al medio publicitario del tablón de anuncios, al uso de local para ejercer la función sindical y al ejercicio de la negociación colectiva a nivel de empresa o ámbito inferior; regulándose en el Art. 10 siguiente el funcionamiento de las secciones sindicales contemplando su representación por el delegado o delegados sindicales, como corresponda para los miembros de los comités de empresa u órgano de representación, con atribución de las mismas garantías que las establecidas legalmente ante las Administraciones Públicas, inscribiéndose sus funciones en un paralelo con los representantes unitarios en lo relacionado con contenido de la información que reciben aquellos, en las reuniones de los comités de empresa y en lo relacionado con la ahora denominada prevención de riesgos laborales, así como ser oído por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados al sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos.

Del contenido de las normas antes relacionadas se deriva el carácter de establecimiento por ley y en su caso por convenio colectivo, de las funciones atribuidas a la secciones sindicales, sean de empresa o de centro de trabajo, por lo que ha de atenderse a lo establecido en la ley o en el convenio para delimitar el contenido de tales funciones; sin que en la regulación que hace la LOLS/85, interpretada conforme a los convenios relacionados de la OIT, se establezca competencia alguna que exceda lo que pertenece al ámbito propio de la gestión e intereses que dimanen de las relaciones de trabajo de sus afiliados en cuanto sobre ellas incide la acción sindical, en cuyo sentido se pronuncian las sentencias de esta Sala de 3 de abril de 1995 y 9 de septiembre de 1997, ya que las mismas versan sobre la remuneración de determinados funcionarios y sobre el alcance de una relación de puestos de trabajo, respectivamente cuyas materias hacen referencia a relaciones de prestación de servicios, no a aspectos ajenos a las mismas como sucede en el caso presente: no extendiéndose su competencia a cuestiones ajenas a este contenido como es la referida a la estructura de la misma empresa, a no ser que en la regulación propia de la

misma se halle por ley contemplada esta previsión, cuyo fundamento constitucional en lo que hace al caso, se halla no en el Art. 28.1 CE sino en el Art. 129 de la misma.

Previsión que no existía en cuanto al ISFAS en la regulación anterior sobre la cuestión debatida, que se contenía en el R.D. .217/82 de 3 de septiembre, a diferencia de lo establecido en el R.D. 344/1985 de 6 de marzo que regula la participación funcionarial a través de los sindicatos al estructurar los órganos de gobierno y administración de MUFACE; regulación esta y la que se menciona en el siguiente apartado que pone de relieve la naturaleza de la intervención de los sindicatos en los órganos de referencia, que no se establece en razón a ser ello propio del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical, sino en cuanto el hecho sindical no deja de ser un cauce naturalmente apto para hacer efectivo el derecho a la participación a que se refiere el Art.129 CE, máxime cuando este precepto admite la pluralidad de formas en orden al fin participativo; lo que en las disposiciones legales que lo recogen, se encomienda a los sindicatos llamados siendo cuestión distinta dependiente de la respectiva autodeterminación la designación del órgano sindical que ejerza las funciones participativas, ya que ello corresponde a la potestad autoorganizativa de cada sindicato protegida por el Art.28.1 CE.

No es de aplicación a la materia debatida, aunque así lo alegue la Sección Sindical recurrente, el Art.3º del Real Decreto Ley 38/1978, de 16 de noviembre, pues tal precepto vigente a la fecha de promulgación del R.D. impugnado por la Sección Sindical demandante, hace referencia a la participación desde el nivel estatal al local, solo respecto del Instituto Nacional de la SS, del Instituto Nacional de la Salud y del Instituto Nacional de Servicios Sociales, sin previsión alguna respecto de entes gestores de régimen especiales de la SS que como el de las FAS no estaba vigente a la sazón y teniendo en cuenta además que esta norma sobre los entes gestores mencionados sólo enuncia un mandato genérico necesitado de ulterior concreción en una materia que se configura como de organización administrativa y no de naturaleza sindical, con regulación emanada mediante desarrollo del Art.129 de la CE; en este sentido se promulgó el R.D. 1854/79 de 30 de julio para el INEM, el R.D. 1855/79 de 30 de julio para el INSALUD y el R.D. 1856/79 de 30 de julio para el INSER-SO; cuyo Art.3º del R.D. Ley 36/78 ha sido derogado posteriormente y de forma expresa por el TR de la Ley General de SS aprobado por el R.D. legislativo 1/1994 de 20 de junio conforme establece la Derogatoria única del mismo núm. 2.b)1 y hallándose actualmente encomendada la regula-

ción de la participación sindical y empresarial a lo que por vía reglamentaria establezca el gobierno como señala el Art.60 del TRLGSS vigente de 1994.

Debe, por último, analizarse en atención al Art.24.1 de la Constitución la razón de la exclusión de la participación mediante el cauce sindical en la estructura establecida en el R.D. impugnado y que no es otra que la *determinada por la colectividad mayoritaria encuadrada en el Régimen Especial de la SS de las FAS, constituida por militares de los diversos empleos, grados y escalas en servicio activo los cuales se hallan excluidos del derecho a la sindicación, cuya posibilidad en tal sentido establece el Art.28.1 CE que defiere la materia a lo que regule la Ley, que establece la correspondiente exclusión en el Art.1º.3 de la LOLS/85, como anteriormente lo había establecido el R.D. Ley 10/77 de 8 de febrero, debido a cuya exclusión resultaría que si se hubiera configurado la participación en el R.D. impugnado mediante el cauce sindical, quedaría excluida la casi totalidad del personal afectado por el mismo, razón ésta que además de complementar la materia analizada en relación al segundo de los motivos previos alegados por la representación del Estado, de alguna forma explica también substantivamente el fundamento del R.D. 296/1992 de 24 de abril que se impugna, lo cual no es inadecuado señalarlo en atención al Art.24 CE, como se dice.*

En consecuencia de todo lo expuesto, la Sección Sindical demandante por su propia naturaleza de instancia organizativa sindical carente de personalidad y en tanto que atendiendo a este modo de ser, no se halla legitimada para impugnar el R.D. 296/92 de 27 de marzo, determina su situación procesal la estimación del segundo de los motivos de inadmisibilidad deducidos por la representación del Estado sin posibilidad de entrar en el análisis de las demás cuestiones propuestas en el proceso.

3. No concurren circunstancias que aconsejen hacer expresa imposición atendido el Art.131 de la Ley de la Jurisdicción.

## FALLAMOS

En el recurso directo interpuesto por la SECCION SINDICIAL en el ISFAS DE LA CONFEDERACION SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS, contra el Real Decreto núm. 296/1992, de 27 de marzo, publicado en el BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992, sobre reestructuración de la composición, funcionamiento y atribuciones de los órganos de gobierno y administración del Instituto Social de las Fuerzas Armadas,

desestimamos el motivo de inadmisibilidad que deduce la representación del Estado referido a la ilegalidad del poder con que comparece la parte actora y estimando el que deduce también la representación del Estado sobre falta de legitimación activa de la Sección demandante, nos abstemos de entrar a conocer del fondo de la cuestión. Sin costas.

#### IV. MUTILADOS DE ISFAS

Recurso de Casación en interés de la Ley en cuya virtud se fija como doctrina legal que las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas no pueden extenderse al extinguido Cuerpo de Mutilados y, en concreto, son incompatibles con los derechos pasivos de dichos caballeros mutilados cuando pasen a retirados, existiendo incompatibilidad legal entre la pertenencia a dicho Cuerpo de Mutilados y la percepción de la pensión complementaria por inutilidad para el servicio otorgada por dicho Régimen Especial de la Seguridad Social.

### TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Séptima**

**Sentencia de 15 de diciembre de 1998**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Martín González**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La sentencia recurrida en casación en interés de la Ley al amparo del Art.102, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el Abogado del Estado, de 1 de enero de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las islas Baleares, estimó el recurso interpuesto por D. Félix Torres García contra la resolución de 11 de Agosto de 1995 del Ministro de Defensa, que desestimó el recurso ordinario interpuesto contra la resolución de la Subdirección General de Prestaciones del ISFAS, que desestimaba la solicitud de pensión por inutilidad para el servicio, reconociendo la sentencia recurrida a dicho actor en la instancia el derecho al percibo de pensión por inutilidad para el servicio, con retroacción de cobro a la fecha de su pase a retirado, con fundamento, en síntesis, en que, siendo dicho actor miembro de Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la

Patria, y hoy retirado, resulta discriminado y sometido a diferencia de trato o perjudicado en la cantidad que señala la propia sentencia —68.237 ptas— que es la diferencia entre lo que perciben los retirados «por inutilidad física en acto de servicio», y los retirados procedentes del Cuerpo de Mutilados, que no perciben «cantidad alguna del ISFAS»; así como con fundamento en que «carecen de aplicación hoy» los artículos que menciona (Arts. 22.3 de la Ley 28/75 y 90.2 y 98 b) del Real Decreto 2330/78) en relación con las Leyes 19/89 y 31/90, y con el Real Decreto 210/92, «que atentan, en estas circunstancias, al principio de igualdad ante la Ley», invocando también la sentencia que la Disposición Final 6ª, nº 4 de la Ley 17/89 estableció la subsistencia del régimen de compatibilidad regulado por el Art.10 de la Ley 5/76, de 11 de marzo.

2. Frente a dicha sentencia el Abogado del Estado en su escrito de interposición del recurso invoca, en resumen —como fundamento de su pretensión que se declare como doctrina legal que las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas no pueden extenderse al extinguido Cuerpo de Mutilados y son incompatibles con los derechos pasivos de dichos caballeros mutilados cuando pasen a retirados, y que hay incompatibilidad legal entre la pertenencia al Cuerpo de Mutilados y la percepción de la pensión complementaria por inutilidad para el servicio otorgada por el Régimen Especial de la Seguridad Social —las siguientes alegaciones: a) la sentencia recurrida es gravemente dañosa para el interés general, puesto que su doctrina, caso de generalizarse, podría dar lugar a «grandísimos y gravísimos» quebrantos económicos para la Hacienda Pública, señalándose por la Subdirección General de Prestaciones del Instituto Social de las Fuerzas Armadas que la repercusión económica sobre el Presupuesto de Gastos del Instituto Social de las Fuerzas Armadas experimentaría un incremento de pesetas 4.202.954.412 sobre el importe que por el concepto de prestación de inutilidad viene actualmente abonando; b) la sentencia recurrida es errónea, pues se aprecia en ella un error en la interpretación de la normativa vigente al afirmar equivocadamente la compatibilidad entre la pertenencia al Cuerpo de Mutilados y la percepción de la pensión complementaria que, por inutilidad física para el servicio, otorga este Régimen Espacial de la Seguridad Social, declarando discriminatoria la situación económica de aquéllos respecto a los demás retirados de las Fuerzas Armadas; c) la sentencia basa su argumento en el hecho de que el recurrente se halla en situación de retirado y como tal debe ostentar los mismos derechos que el resto de los retirados de las Fuerzas Armadas, considerando que al haberse

declarado extinguido el Cuerpo de Mutilados por la Disposición Final 6ª de la Ley 17/89, debe entenderse derogada la exclusión que el Art. 90 del Decreto 2330/78, de 29 de septiembre, hace de los pertenecientes a dicho Cuerpo en relación a la prestación de inutilidad para el servicio, lo que obedece, siempre según el Abogado del Estado, a la errónea interpretación de dicha Disposición Final 6ª de la Ley 17/89, especialmente de los apartados 4 y 6, en relación con el Art.90 del Decreto 2330/78, al considerar que dichas disposiciones reconocen al Cuerpo de Mutilados idénticos derechos que al resto de los retirados de las Fuerzas Armadas conforme al Art.64.3 de la Ley 17/89, cuando de este precepto se desprende que lo que se trata de garantizar a los retirados es el disfrute de los derechos pasivos determinados en la legislación de clases pasivas y otros derechos, lo que determina para el recurrente en la instancia el percibo de los derechos pasivos que le corresponden con arreglo al Real Decreto 210/92, de 6 de marzo, y el mantenimiento de los asistenciales que pudiera tener, pero no el derecho a la prestación complementaria de inutilidad para el servicio prevista en la Ley 28/75, de 27 de junio y en el Real Decreto 2330/78, que expresamente excluyen de su percepción al persona del Cuerpo de Mutilados; y d) del análisis de la legislación vigente se deduce la inexistencia de tal discriminación, con cita del Real Decreto 210/92, lo que implica que los miembros del extinguido Cuerpo de Mutilados tienen garantizadas las retribuciones que venían percibiendo con anterioridad con el específico régimen económico que contempla dicho Real Decreto, al que se pretenden añadir ahora otras prestaciones complementarias.

3. Con intención se han reseñado pormenorizadamente las alegaciones de la parte recurrente a fin de determinar si procede o no la estimación de su recurso de casación en interés de la Ley diseñado en el Art. 102 b) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, cuyo antecedente se halla en el anterior recurso extraordinario de apelación también en interés de la Ley, y que tienen como única y exclusiva finalidad fijar la doctrina legal precedente, dejando intacta la situación jurídica particular derivada del fallo recurrido, habida cuenta de que es un recurso excepcional que no tiene como objetivo la resolución de un conflicto, ni la tutela de un derecho o interés legítimo, no el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, ni la estimación de una pretensión deducida en relación con actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con disposiciones de categoría inferior a la Ley, sino, muy precisamente, velar por la correcta interpretación y aplicación del Ordenamiento Jurídico, complementando, en su caso, la labor del titular del poder nor-

mativo aunque con ocasión de un conflicto jurídico ya resuelto y cuya solución se mantiene, sea cual sea la resolución que recaiga en el recurso de casación en interés de la Ley, tal como se deduce de dicho precepto, a base de fijar la doctrina legal que corresponda frente a sentencias que, además de erróneas, son gravemente dañosas para el interés general, cuya gestión está encomendada a la Administración recurrente, en el sentido de que pueda entrañar un perjuicio para los intereses públicos con efectos de futuro, que trascienda al caso definitivamente decidido, consistiendo en grave daño para el interés general, a cuya defensa y a la del Ordenamiento Jurídico se orienta dicho recurso, en que a raíz de la sentencia recurrida, se consolide la doctrina errónea de ésta con un efecto multiplicador grave que afecte a un importante número de situaciones o se proyecte sobre un ámbito de suficiente generalidad o de dicho interés presente o futuro constatable, al crearse un precedente judicial que pudiera ocasionar esos graves daños, tanto de índole patrimonial como de cualquier otro género, lo que pretende evitarse con el recurso de referencia a través de la fijación de una doctrina legal «pro futuro».

4. Requiere, además, según resulta del Art.102, b) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, que la interposición se verifique dentro de plazo, que concurra legitimación de la parte recurrente, y que la sentencia recurrida no sea susceptible de recurso de casación ordinario —presupuestos de viabilidad de éste que aquí sí existen—, así como que el Tribunal Supremo no haya fijado la doctrina legal que se postula, puesto que no se trata de reiterar una doctrina ya establecida, sino de fijarla, naturalmente cuando no exista, y que, además, la sentencia recurrida guarde la necesaria correlación con la doctrina que se pretende fijar— todo ello conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial reflejada, por ejemplo, en sentencias como las de 1 de diciembre de 1992, 3 de mayo de 1994, 13 de julio de 1996 y 24 de marzo de 1998.

5. Concurren en el supuesto de autos dichos requisitos de viabilidad del recurso de casación en interés de la Ley, incluso el referido a los graves daños para el interés general que ocasionaría un precedente judicial como el contenido en la sentencia recurrida si se consolidara la doctrina que en ella se recoge, daños, aquéllos, que aquí serían los de índole patrimonial de la entidad e importe que resulta del informe del Instituto Social de las Fuerzas Armadas afectantes al presupuesto de gastos de éste y los relativos a la estabilidad financiera del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, por lo que procede el examen del pretendido carácter errónea de la doctrina que de tal sentencia recurrida resulta.

6. Para la adecuada solución de tal cuestión —supuesto error en que incurre la sentencia recurrida al afirmar la compatibilidad entre la pertenencia al Cuerpo de Mutilados y la percepción de la pensión complementaria que, por inutilidad física para el servicio, otorga dicho Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y al partirse de que el recurrente se halla legalmente en situación de retirado y de que, como tal, debe ostentar los mismos derechos que el resto de los retirados de las Fuerzas Armadas—, ha de partirse de la base de que la Disposición Final 6ª de la Ley 17/89, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, declara a extinguir el Cuerpo de Mutilados de Guerra, con las precisiones contenidas en los apartados 3, 4 y 6 de dicha Disposición Final, referidos, sucesivamente, a que los miembros de tal Cuerpo «pasarán a retirados», salvo la excepción que aquí no concurre, a que reglamentariamente se determinarán los derechos pasivos del personal proveniente de dicho Cuerpo, de forma que su cuantía sea, al menos, igual a las retribuciones anuales que vinieron percibiendo en su situación anterior y manteniendo el régimen de compatibilidad del Art.10 de la Ley 5/76, y a que tendrán los derechos reconocidos al militar retirado según lo establecido en el Art.64.3 de dicha Ley y mantendrán los beneficios y prerrogativas de carácter honorífico a los que hace referencia la disposición común séptima de la Ley 5/76, de 11 de marzo, de Mutilados de Guerra por la Patria.

7. Igualmente ha de partirse de la base de que el Art.64, 3 de la Ley 17/89 garantiza a los militares de carrera «retirados» el disfrute de los derechos pasivos determinados en la legislación de clases pasivas, así como los asistenciales y de otro orden reconocidos en las Leyes, más de dicho precepto no puede deducirse sin más el mantenimiento del concreto derecho que pretende el actor a la prestación complementaria de inutilidad para el servicio que se preveía para otro supuesto en la Ley 28/75, de 27 de junio, y en el Decreto 2330/78, de 29 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento General de las Fuerzas Armadas en materia de Seguridad Social, toda vez que, específicamente, el Art.90 de dicho Decreto 2330/78 excluye de tal prestación por inutilidad para el servicio a los pertenecientes a tal Cuerpo de Mutilados, refiriéndose sólo a los que se hallen prestando servicio activo o en función de actividad, lo que también se desprende del Art.53 c) del mismo Reglamento, que alude a las prestaciones por inutilidad para el servicio «cuando no se dé derecho a ingreso en el Benemérito Cuerpos de Mutilados de Guerra por la Patria», del Art.89 del mismo, que define tal inutilidad como aquella situación pro-

ducida por la falta de capacidad física o mental que de manera permanente puede sufrir una personal y «que le impida, de cualquier forma, el normal desarrollo de su actividad profesional en las Fuerzas Armadas, sin dar derecho a ingreso» en el mencionado Benemérito Cuerpo, y de los Arts., siguientes del citado Reglamento, en especial del Art. 98 b) del mismo, así como de los Arts. 22 y 23 de la Ley 28/75, ya referenciada, de lo que se deduce que el recurrente en la instancia ostenta un derecho que otorga una cobertura específica derivada de su ingreso en el Cuerpo de Mutilados, cuya situación es, por ello, incompatible con la percepción de la prestaciones recogidas en el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas por razón de dicha inutilidad.

8. En todo caso, el Real Decreto 210/92, de 6 de marzo que regula, en lo que interesa, a los derechos pasivos del personal del Cuerpo de Mutilados de Guerra, y que se remite a lo que se disponía en la Disposición Final 6ª de la Ley 17/89, de 19 de julio, con relación a que reglamentariamente se determinarán, teniendo en cuenta la legislación de clases pasivas y dentro de los créditos presupuestarios, los derechos pasivos del personal perteneciente al Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, entre otros, viene a regular el régimen económico propio de este personal, adoptando las previsiones necesarias para que los derechos que correspondían al mes de diciembre de 1990, de conformidad con su situación y empleo, de acuerdo con lo prevenido en dicha Disposición Final 6ª de la Ley 17/89, y transitoria 6.ª, de Presupuestos General del Estado para 1991), según expresión del Art. 6.º de dicho Real Decreto 210/92, lo que se traduce, precisamente, en que se garantiza a los miembros del extinguido Cuerpo de Mutilados las retribuciones que venían percibiendo con anterioridad, y en que no se altera el régimen retributivo del personal que pasa a la situación de retirado procedente del mencionado Cuerpo de Mutilados, una vez extinguido éste, en cuanto que ha de entenderse que se garantizan dichas retribuciones entre las que se comprende la «pensión de mutilación», lo que excluye la compatibilidad de tales retribuciones con la prestación por razón de inutilidad, prevista para retirados que no pertenecían al mencionado Cuerpo, de carácter voluntario, por cierto, pudiendo destacarse, además que el Art. 10 de la Ley 5/76 fue derogado por el Decreto 210/92 conforme a su Disposición Derogatoria en cumplimiento de lo establecido en el nº 2 de la disposición derogatoria de la Ley 17/89.

9. Todo lo expuesto excluye la «discriminación negativa» contra los miembros del Cuerpo de Mutilados en relación con el resto de los retirados en las Fuerzas Armadas, como consecuencia de haberse declarado a

extinguir dicho Cuerpo por la Ley 17/89, al margen de que el Art.14 de la Constitución, como expresa, por ejemplo, una sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1993, no impediría que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo, pues el principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la Ley (sentencia del Tribunal Constitucional 119/87, de 9 de julio), lo que también se desprende de otra sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 1997, que se remite a otras varias anteriores, conforme a las cuales no implica infracción del principio de igualdad la diferencia de tratamiento que corresponde a los Mutilados de Guerra por la Patria con relación en ellas a los Militares en activo, por no ser equiparable la situación de aquello y de éstos, en lo que atañe al tratamiento retributivo de los Mutilados, pudiendo significarse, además que, según otra de la misma Sala de 29 de marzo de 1996, la anterior «pensión de mutilación» no resulta inoperante a los efectos pasivos que se pretenden en el recurso que en ella se resolvía, pues es tenida en cuenta para determinar la cuantía de las retribuciones percibidas por el interesado en el mes de diciembre de 1990, en cómputo anual, como derecho pasivo mínimo garantizado a reconocer, sentencia que también recoge que el Real Decreto 210/92 se ajusta exactamente al marco habilitante de la Disposición Final 6ª de la Ley 17/89, ya que, una vez declarados en situación de retiro los componentes del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, y de otros, ha regulado las pensiones que deben reconocérsele «teniendo en cuenta la legislación de clases pasivas», y ha adoptado las previsiones necesarias para que la cuantía de las pensiones no sea inferior a las retribuciones anuales que vinieron percibiendo en su situación anterior, motivos todos que imponen dar lugar al recurso y declarar la doctrina legal que se postula.

10. En vista de la peculiar estructura del recurso de casación en interés de la Ley, no procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

### FALLAMOS

Que estimando el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 14 de enero de 1997 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las islas Baleares, y respetando la situación jurídica particular derivada de dicha sentencia recurrida, debemos fijar como doctrina legal la que

propugna dicha parte recurrente, que las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas no pueden extenderse al extinguido Cuerpo de Mutilados y, en concreto, son incompatibles con los derechos pasivos de dichos caballeros mutilados cuando pasen a retirados, existiendo incompatibilidad legal entre la pertenencia a dicho Cuerpo de Mutilados y la percepción de pensión complementaria por inutilidad para el servicio otorgada por dicho Régimen Especial de la Seguridad Social, todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre costas.

## V. REVERSION EXPROPIATORIA

Si la expropiación de unos terrenos se produjo para la construcción de más viviendas para personal vinculado al Ministerio de Defensa, la venta de las mismas a dicho personal no hace desaparecer la causa de expropiación, por lo que huelga hablar de supuesto de reversión alguno.

### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia de 11 de septiembre de 1998**

**Ponente: D. Guillermo Sanchís Fernández-Mensaque**

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. En cuanto a los hechos constan por el expediente los siguientes: 1º.- El seis de julio de 1992, la «Barriada de Casas Obreras para la Maestranza nº 2, Nuestra Señora de Loreto» fue declarada en situación previa a la desafectación conforme a la Resolución del Secretario de Estado de la Defensa de 23 de mayo de 1991; 2º.- Seguido el expediente por sus trámites, con fecha 17 de octubre de 1994, se acuerda comunicar a los expropiados o sus causahabientes la desafectación de la barriada a fin de que puedan ejercitar el derecho de reversión; 3º.- Contra dicho acuerdo, los aquí actores interponen recurso ordinario, que resulta desestimado por silencio; 4º.- Advertido que no se ha producido el acto de desafectación de los bienes, con fecha 29-11-94 se acuerda solicitar del Ministro la desafectación de los bienes, cuyo acuerdo, al amparo de lo previsto en la Ley 28/84, se dicta por el Ministro de Defensa el 27 de diciembre de 1994, tras

lo que se acuerda una nueva comunicación a los expropiados. Por lo demás, no se discute que la construcción de la citada barriada de casas obreras, con destino al personal obrero de la Maestranza número dos se acordó en 1940, declarándola, conforme a lo previsto por la Ley de 19 de abril de 1939 y 24 de noviembre de 1939, de utilidad pública a efectos de expropiación.

2. Como motivo de inadmisibilidad, se hace valer por dos de las representaciones demandadas, la falta de legitimación de los actores por falta de interés legítimo alguno por cuanto, ya se ha decidido, caso de reconocerse el derecho de reversión, su sustitución por una indemnización, con la que correrá el Ministerio.

Para resolver preciso será anticipar parte de las cuestiones a abordar; y es que en definitiva, como ya adelantábamos en parte al resolver sobre la suspensión, los actores son ocupantes y por tanto beneficiarios de los fines del patrimonio en viviendas del que antes fue titular el desaparecido Patronato de Casas del Aire, cuyos fines, pese a la desaparición del organismo, como veremos, se mantienen. Por tanto, no han de carecer de interés, como beneficiarios en la integración y conservación de ese patrimonio fundacional, estrictamente vinculado al cumplimiento de los fines de dicho Patronato, a fin de que se les mantenga en la ocupación actual o incluso, puesto que así estaba previsto entre los fines del Patronato en la Ley 110/66, se les permita el acceso a la propiedad en condiciones ventajosas de acuerdo con la legislación de viviendas protegidas y legislación específica y no, como adquirentes ordinarios, con los costes adicionales que puede suponer el pago de las indemnizaciones.

3. Por la representación de don Pedro Roldán Franco y otros se hace valer como nuevo motivo de inadmisibilidad el del no ser el recurrido un acto susceptible de impugnación al ser acto de mero trámite, y, en su caso, lo que debió recurrirse es el acuerdo que reconoció efectivamente el derecho de reversión o el de desafectación del bien.

Tampoco podemos coincidir en esto con dicha representación por cuanto que, tal acuerdo tiene sustantividad propia, por cuanto implica el reconocimiento de la existencia del supuesto de la letra c) del artículo 63 del Reglamento con efectos favorables para los beneficiarios, a partir de cuyo momento pueden ejercitar el derecho, y vinculante para la Administración conforme al artículo 65 del mismo Reglamento.

En cuanto al acuerdo formal de desafectación, ello no ha de impedirnos pronunciarnos sobre lo que aquí se nos pide: si realmente las viviendas eran bienes de carácter demanial afectos a una obra o servicio públi-

co, cuya afectación pueda desaparecer pasando a ser bienes patrimoniales, sobre los que pueda ejercitarse el derecho de reversión: en definitiva, si ha desaparecido o no la causa de expropiación, desaparición que es precisamente el fundamento de la reversión.

4. Y para resolver, con carácter previo preciso será recordar las normas al amparo de las que se produjo la expropiación así como las que han incidido sobre los bienes de que aquí se trata.

Así, como hemos dicho, la expropiación se produce al amparo de la Ley de 19 de abril de 1939, de Viviendas Protegidas, que concede el beneficio de la expropiación para la obtención de los terrenos preciosos para la construcción de la vivienda, declarando de utilidad pública la construcción de tales viviendas. En definitiva, superada, ya con anterioridad, la estrecha visión de la expropiación que contempla la Ley de 10 de enero de 1879, siempre de inmuebles y ligadas a la ejecución de Obras Públicas, se admite ya la expropiación para el cumplimiento de fines distintos, lo que luego vino a concretarse en la Ley de 1954 (lo que no era ni siquiera preciso, dada la extensión del término utilidad pública) en los llamados fines de interés social. Por ello no podemos coincidir con el informe de la Asesoría Jurídica General de 4 de septiembre de 1994, aportado por copia con la demanda, a cuyo tenor, puesto que los bienes se expropiaron por causa de utilidad pública, los bienes serían demaniales, conclusión claramente inconsistente y que confunde cosas distintas, ya que una cosa es la causa de expropiación que hemos de considerar ampliada conforme a lo dicho, y otra cosa es la naturaleza de los bienes, que efectivamente pasarán a ser demaniales si quedan afectos a una obra o servicio público, lo que claramente no es nuestro caso, ya que de lo que se trata es de facilitar vivienda a determinado personal obrero de acuerdo con la legislación aludida, de carácter eminentemente social y no, reguladora de obras públicas.

La citada barriada, conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley de 17 de junio de 1946, pasó a integrar el patrimonio fundacional del nuevo Patronato de Casas del Aire, como viene a reconocer el informe de la Asesoría de 26 de septiembre de 1994, en relación a una barriada de idéntica naturaleza en Cuatro Vientos (documento número 4 de los presentados con el escrito de los actores de 16 de junio de 1997), en clara contradicción con el anterior informe ya citado, referido a la barriada que aquí nos ocupa, donde, tras concluir el carácter demanial, desconociendo el citado artículo de la Ley de 1946, que establece el patrimonio fundacional de nuevo organismo, habla de una adscripción para mera administración y cumplimiento de sus fines.

Así las cosas, por Ley 110/66, se amplían los fines del Patronato y beneficiarios de tales fines, incluyendo a viudas y jubilados, e incluyendo entre los fines el de facilitar el acceso a la propiedad de la vivienda a beneficiarios.

Y en esto, en ejercicio de la autorización concedida por el artículo 80 de la Ley 4/90, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, llegó el polémico Real Decreto 1751/90, por el que se crea el INVIFAS, a quien corresponde la gestión de los bienes de los antiguos patronatos, que desaparecen. Contra dicho Real Decreto se interponen numerosos recursos, resueltos casi todos de conformidad con las sentencias de 16 y 17 de marzo de 1993, en las que se declara la adecuación a Derecho, con la excepción del artículo 5.2., parte del artículo 36 y de la disposición adicional segunda y disposición transitoria cuarta, del citado Real Decreto. Este Real Decreto, como protestaba el voto particular, formulado brillantemente, y reconoce la sentencia, no hace especial énfasis en esos otros fines de interés social que tenían los antiguos patronatos, que incluían a colectivos distintos del personal militar en activo, ya que se ocupa fundamentalmente de la regulación de las que llama viviendas de apoyo logístico, al servicio del personal militar en activo y para solicitar los problemas de movilidad de dicho personal: viviendas que pasa a considerar bienes de dominio público. Pero, en todo caso, como proclama la sentencia, el Real Decreto no va más allá de los límites de la autorización contenida en el artículo 80 de la Ley 4/90, por cuanto se conservan esos otros fines de los antiguos patronatos, entre ellos (tal como resulta del artículo 44) el facilitar viviendas, a satisfacer con las que no se califiquen como de apoyo logístico, al personal vinculado a las Fuerzas Armadas. Dentro pues del grupo de viviendas que constituían el patrimonio de los antiguos patronatos, se distingue entre viviendas de apoyo logístico, destinadas al personal militar en activo, que integran el demanio afecto al Ministerio de Defensa, y otras viviendas, con las que pueden cumplirse esos otros fines de los antiguos patronatos, cuyos fines se conservan, ya que la autorización del repetido artículo 80 de la Ley 4/90 no autorizaba a disponer de los mismos. Y de acuerdo con la conservación de cuyos fines, para salvar la legalidad del Real Decreto, habrá que interpretar todo el texto. El Real Decreto, ciertamente, no crea, ni podía hacerlo por razón de rango (artículo 132.2 de la Constitución y 1 de la Ley de Patrimonio del Estado), una nueva categoría de bienes demaniales, por lo que habrá que entender que en tal demanio se integran determinadas viviendas afectas al servicio público de defensa, lo que plantea la perplejidad, destacada por el voto

particular, pero no considerada determinante de ilegalidad por la sentencia, de la afectación y, en consecuencia de la constitución del estatuto de bienes demaniales para los mismos. Así, o tales bienes lo eran antes, con lo que la calificación como viviendas logísticas, necesaria salvo para las viviendas a que se refería la Orden Ministerial de 28 de marzo de 1989, que se califican directamente por el Real Decreto, es un acto de pura delimitación; o no lo eran, en cuyo caso siempre será preciso el acuerdo de afectación, cuyo acto corresponde al Ministerio de Hacienda conforme al artículo 113 de la Ley de Patrimonio del Estado (competencia no afectada por la Ley 28/84). Ciertamente no parece muy coherente que tales viviendas, construidas al amparo y con los beneficios de una legislación de carácter social, como lo es la de viviendas protegidas, puedan ser consideradas demaniales.

Pero, en todo caso, lo que queda claro es que estas viviendas nunca estuvieron destinadas a facilitar vivienda al personal militar en activo, sino que entran de lleno en lo que son los fines sociales de los desaparecidos patronatos, de facilitar vivienda al personal obrero vinculado a las Fuerzas Armadas, por lo que nunca pudieron tener el carácter de bienes de dominio público, ni consta que tales viviendas hayan sido calificadas como de apoyo logístico, con lo que nunca habrán pasado a integrar el demanio afecto al Ministerio de Defensa, por lo que tampoco habrán podido dejar de pertenecer a él.

4. Sentado lo anterior, examinemos nuestro caso, se reprocha en primer lugar el carácter extemporáneo del acuerdo de desafectación de los bienes, cuyo acto no puede tener efecto convalidante, por cuanto, sin él, se habría prescindido completamente del procedimiento. No podemos coincidir con la actora, por cuanto la falta del acuerdo de desafectación, supondría la falta de supuesto de la reversión, con lo que el ofrecimiento de la reversión carecería de presupuesto; pero eso no implica el prescindir del procedimiento. Por lo demás, como señala el Abogado del Estado, con posterioridad se produjo el acuerdo de desafectación, repitiéndose el ofrecimiento, por lo que carecería de sentido volver atrás el procedimiento, sin perjuicio del nuevo cómputo de plazos a efectos del artículo 65 del reglamento de expropiación. Por lo demás, como dijimos, tal acuerdo carece de virtualidad para producir, por sí mismo, el supuesto de la reversión previsto por la letra c) del artículo 63 del Reglamento de la Ley de Expropiación.

5. Se dice que los actores deben ser considerados beneficiarios de la expropiación, por lo que, conforme al artículo 5.2.7º del Reglamento de la Ley de Expropiación, le corresponderían las obligaciones y derechos deri-

vados de la reversión. Poco podemos comentar el argumento, que parte de una doble confusión. Y es que los ocupantes pueden ser beneficiarios de la obra; pero nunca, beneficiarios de la expropiación, condición que, en su caso, correspondería al promotor; y en segundo lugar, los derechos a que se refiere dicho precepto no convierte al beneficiario en reversionista, sino que lo coloca justamente en la otra parte de la relación que crea el supuesto de la reversión.

6. Como nuevo fundamento de nulidad, se invoca el artículo 229 del Reglamento de la Ley de Patrimonio del Estado, a cuyo tenor siempre que se acuerde la enajenación de bienes incorporados al patrimonio del Estado, los Titulares del derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes eran de dominio público tendrán la facultad potestativa de adquirirlos con preferencia a otra persona. Tampoco podemos extendernos mucho en el comentario, ya que, como hemos adelantado, aquí no ha habido nunca dominio público, ni los actores pueden considerarse concesionarios. Pero es que, además, tal preferencia nunca podría oponerse al derecho de los reversionistas, que puede hacerse valer incluso frente a terceros adquirentes con título inscrito, por cuanto su causa resulta del mismo Registro.

7. Nos queda por último la cuestión, ya en parte adelantada, acerca de si estamos ante el supuesto de reversión previsto para la letra c) del artículo 63 del Reglamento de la Ley de Expropiación: si ha desaparecido o no la causa de expropiación.

Y en este punto, recapitulando sobre lo dicho, vemos como la expropiación se produjo en el marco de una legislación de carácter social, como lo era la de viviendas protegidas, para la construcción de viviendas con destino al personal obrero de la Maestranza. El fin era, pues, facilitar viviendas, en arrendamiento o en propiedad, a determinado personal no militar vinculado al Ministerio de Defensa, cuyo fin mantiene el Patronato de Casas del Aire, en la forma en que se definen por el artículo 2 de la Ley 110/66, cuyo fin, como hemos dicho, no desaparece, no podía desaparecer, con la entrada en vigor del Real Decreto 1751/90, ya que expresamente mantiene los fines del artículo 80 de la Ley 4/90, que concede la autorización para refundir tales organismos. En definitiva, las viviendas siguen ahí, ocupadas por personal vinculado al Ministerio de Defensa, con lo que, ni aun cuando se vendan a dicho personal, en las condiciones beneficiosas de la legislación especial, puede decirse que haya desaparecido la causa de expropiación por lo que huelga hablar de supuesto de reversión alguno.

Y esto no puede ser obviado, impidiéndonos conocer, por un acuerdo formal de desafectación, que ninguna virtualidad tiene para hacer nacer una nueva categoría de demanio, ni puede crear por si una inexistente causa de expropiación que al mismo tiempo se hace desaparecer, como en una especie de prestidigitación, que para nada afecta a la realidad, creando un supuesto de reversión al margen de la Ley. Pero es que, además, esto es abiertamente reconocido por el acuerdo del Director Gerente de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa de 1 de octubre de 1997, por el que, a resultas de lo que aquí se decida, se declara la imposibilidad legal de la ejecución material del derecho de reversión. Así se dice, en términos contradictorios con lo que se resuelve que «aun en el caso de que se optase por la enajenación de viviendas a sus ocupantes por cuanto que la finalidad expropiatoria (la ejecución de las obras de la Barriada de Casas Obreras para la Maestranza Aérea nº 2), se sigue respetando...».

Por todo ello, no existiendo supuesto de reversión alguno, aquí sólo nos queda la desestimación del recurso.

8. No se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de costas.

## FALLAMOS

Que, estimando el recurso formulado por doña Emilia Mesa Marcos y otros que se dicen el encabezamiento contra las resoluciones que se dicen en el antecedente primero de esta sentencia, debemos anular y anulados dicha resolución declarando no haber lugar a la reversión de los terrenos expropiados para la ejecución de la Barriada de Casas Obreras para la Maestranza Aérea número dos; todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas a ninguna de las partes.

### **III. BIBLIOGRAFÍA**

# **1. RECENSIÓN DE LIBROS**

### 1.1. DAVID BLANQUER. *Ciudadano y soldado*.

Un compañero, hoy político ejerciente, elaboró en su juventud, para el Doctorado en Derecho, una tesis de unas 400 páginas. Han pasado desde entonces unos 40 años y durante los mismos, sin apenas variaciones, con meros lavados de cara y leves «aggiornamientos», tal tesis se desgajó en cientos de artículos, que fueron publicados en diversas Revistas, deparándole fama de jurista y publicista preocupado.

David Blanquer, en el libro objeto de estos comentarios, ha obrado de parecida manera: un trabajo de menos de 250 folios, ganador del Premio «Ejército de Investigación en Humanidades y Ciencias Sociales», lo ha convertido —añadiéndole varios Capítulos y, sobre todo, desarrollando prolijamente y alargando con elucubraciones más o menos emparentadas cada uno de esos dos centenares de folios, sin insuflarles demasiadas ideas nuevas— en un denso libro de 751 páginas, reiterativo en sus argumentaciones y, a veces, con excesiva, pero erudita, gratuita hojarasca. Pese a ello, se trata de un estudio bien estructurado, con enfoque amplio de los temas tratados desde perspectivas diversas, constitucionales, jurisdiccionales filosóficas, históricas..., etc... Con la finalidad de fundamentar a toda costa sus criterios, empujado por la vehemente necesidad de convencer, renuncia a la duda, tan consustancial al intelectual, y usando, y a veces abusando, de su encomiable formación jurídica, analiza cada aseveración desde sus orígenes históricos hasta las matizaciones del Derecho comparado, producto de sus muchas lecturas y ayudas bibliográficas.

Esa concatenación de temas afines y la proliferación de Notas a pie de página, que también, aunque en menor medida, tuvo el trabajo precursor del libro, coadyuvó a la concesión del Premio, sin percatarse la Administración Militar otorgante, que algunas citas eran sesgadas y que el meollo de su tesis era subrepticamente antimilitarista. Blanquer metió un buen gol al Ejército.

Otras consideraciones previas: siendo obviamente hoy su temática esencial una cuestión obsoleta y superada, por haber optado el legislador por la desaparición del servicio militar obligatorio, incluso cuando se esta-

ba gestando tal libro ya existían críticas muy caracterizadas e influyentes acerca de su inconveniencia, asumidas, al menos «*in mente*» por el Ejecutivo, que presagiaban una pronta decisión supresora, opiniones de rotunda clarividencia y simplicidad dialéctica como las expresadas, entre otros, por el entonces Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, José Jiménez Villarejo, y por los Jurídico-militares José-Luis Rodríguez Villasante, Antonio Millán Garrido y Eduardo Calderón Susín, en su nunca suficientemente ponderado y alabado Tomo de «Los delitos contra la prestación del Servicio Militar», publicado en 1995. Por ello, no se entiende que Blanquer, para apoyar sus tesis, no encuentre suficientes los criterios, concisos, luminosos y muy razonados, de tales eminentes juristas y decida acudir a otros maximalistas enfoques y excesos argumentales radicalizados, cuando no toscas insinuaciones reprobadoras, como cuando, sin venir demasiado a cuento, poniendo en entredicho la independencia de la Jurisdicción militar, critica que «un Coronel se disfrace de la toga judicial...», o cuando afirma dogmáticamente que los Tribunales de Justicia militares siguen negando a los conscriptos y a los profesionales gran parte de sus derechos fundamentales y tilda de inconstitucional la Jurisdicción Militar. No hacían falta tales falacias, ni sus rebuscadas fundamentaciones, para explicar la conveniencia del cambio legislativo que ha arrumbado con la obligatoriedad del servicio militar, porque con los mismos argumentos usados por el legislador para hacerla realidad, bastaba.

Es, además, «Ciudadano y Soldado», en ocasiones, un libro tramposo. Se podrá o no errar en las conclusiones de un trabajo científico, pero lo honesto intelectualmente es partir de unas premisas fundamentadas y razonadas, de los que se desprenda una lógica conclusión. Pero apriorísticamente aferrarse a una determinada conclusión, que se desea verdadera, y en base a ella pergeñar, a medida, unas premisas que cuadren para la solución que se pretende del silogismo, es un proceder fraudulento o, como mínimo, trucado. Blanquer así lo ha hecho en la parte que trata del Estatuto fundamental del Soldado de Reemplazo en tiempos de paz.

Efectivamente, al afirmar Blanquer: que también para los militares no profesionales se han rebasado los límites constitucionales expresos; que cuando, en la Milicia, los derechos fundamentales entran en colisión con los valores castrenses, generalmente prevalecen estos últimos; que la limitación de los derechos de las personas — que habría de ser solo la necesaria para proteger otro bien constitucional, o ser de la menor intensidad posible— quiebra en las Fuerzas Armadas; que no es congruente con el

derecho a la vida la imposición al soldado de reemplazo, en tiempo de paz, del sacrificio de la vida o del riesgo de perderla; al culpar al Estado del nulo fortalecimiento de las relaciones pacíficas; al afirmar que el concepto del «honor militar» es el valor castrense supremo; al subrayar la imposición forzosa al Soldado de las Reales Ordenanzas y de ciertos ritos religiosos; al imponerle las restricciones de la libertad de expresión por la prohibición de críticas; al patentizar generalizadas corruptelas procedimentales, la poda de garantías y la débil proscripción de la indefensión en los Expedientes disciplinarios, en las Diligencias Previas y en las Causas Penales militares; al poner el énfasis en la escasa proporcionalidad de las sanciones por falta leve y la aplicación a las mismas de conceptos jurídicos indeterminados; y, sobre todo, al alegar dogmáticamente la inconstitucionalidad de la Jurisdicción Militar, debido en gran parte al estatuto de los integrantes de sus Organos, por lo que no es independiente, etc... etc... está Blanquer, a sabiendas, o con imprudencia temeraria, o por imperdonables excesos dialécticos, configurando unas premisas torticeras del silogismo, por la imperiosa necesidad que tiene de pontificar que ha habido un escaso avance en las limitaciones del otrora hipertrofiado Poder militar, que, según él, hay quiebras constitucionales en las Fuerzas Armadas; que las leyes militares no se supeditan como debieran a la Constitución, y que la razón de las Armas impide que los derechos fundamentales e inviolables de las personas predominen, en los Ejércitos, sobre los valores castrenses.

Quienes hemos administrado Justicia militar sabemos que las afirmaciones de Blanquer son, prácticamente en su mayoría, inveraces, y por descontado, en todo caso, parciales, exageradas y sesgadas. Tampoco es aceptable, y el Tribunal Constitucional está de nuestra parte, que afirme la inconstitucionalidad de la vigente regulación de la Jurisdicción Militar. Defectos y carencias procedimentales. Desde luego, como en la Ordinaria.

No son objeciones a Blanquer desde una óptica corporativista o ideológica. Podría aceptarse, dándole parte de razón, que en algunas ocasiones, pocas en la actualidad, cada vez menos, el Mando Militar, incluso después del advenimiento de la democracia y de la supeditación del poder militar al poder civil, haya pretendido que determinados valores esenciales castrenses, como la disciplina y la obediencia, que son la columna vertebral de todos los Ejércitos, prevalecieran sobre los valores constitucionales. Pero los Tribunales de Justicia militares, la Fiscalía Jurídico-Militar, no lo han permitido. Demasiadas Sentencias de Tribunales

Territoriales o del Central, luego confirmadas por la Sala V del Tribunal Supremo, dan fe y lo corroboran.

Por lo demás, «Ciudadano y Soldado», se compone de dos Libros: el Libro primero, que aborda la obligación legal de prestar el servicio militar, está subdividido en Capítulos distintos que tratan de «la recepción de los deberes en las Constituciones y su significación ideológica»; «los conceptos de deber y obligación, el deber de defender a España y la obligación de cumplir el servicio militar»; «la constitucionalidad de unas Fuerzas Armadas exclusivamente profesionales, el fundamento de la obligación de cumplir el servicio militar y principios del régimen de las prestaciones personales de carácter forzoso». En definitiva, en tal Libro 1.º el autor aboga por la supresión de la conscripción, aportando idénticos fundamentos esgrimidos por los juristas militares antes mencionados, pero añadiendo otros forzados y espurios (como cuando pontifica que al hablar de la incorporación forzosa de los ciudadanos a filas, más que de participación debería hablarse de utilización, o que la colisión entre la integridad física del ciudadano y la eficacia de las FAS, no se resuelve imponiendo al soldado la renuncia voluntaria a ese derecho, sino suprimiendo la prestación). En cualquier caso la crítica sería ahora estéril, por mor de la decisión tomada por el legislador.

En cuanto al Libro 2.º, en el que examina, profundiza y critica el Estatuto de los Soldados frente a la Constitución —que todavía podría tener interés, dado que, al respecto, no cabe distinguir entre los futuros Soldados voluntarios y los actuales forzosos, pues son similares, cuando no idénticos, sus derechos constitucionales— Blanquer examina en el Capítulo V, «la limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas del soldado de reemplazo en tiempos de paz»; en el VI, «el derecho a la vida y a la integridad física, la protección de la salud y el régimen de la indemnización de daños» en el VII, «los valores militares, la libertad de pensamiento y la libertad religiosa» en el VIII, «la libertad de expresión de opiniones e informaciones» en el IX, «la participación en los asuntos públicos»; en el X, «el servicio militar y los derechos del trabajador»; y en el XI «las sanciones disciplinarias y la Jurisdicción militar» «éste contiene, como subcapítulos:» la doble faz de la potestad disciplinaria, como instrumento de garantía y de represión de los derechos fundamentales, el principio de legalidad, la “*reformatio in peius y non bis in idem*”, ejecutoriedad y suspensión de la sanción, la garantía patrimonial, las garantías procedimentales y la garantía judicial»). Como es de observar, un variado catálogo de cuestiones y reflexiones, que reconozco que

atrapan la atención del estudioso o del simple lector, pero que no están exentas de radicalismos y exageraciones, cuando no, como en el epígrafe acerca de las sanciones disciplinarias y de la Jurisdicción militar, de juicios de valor erróneos o forzados, si queremos descartar, y lo descarto, intencionalidad preconcebida desprestigiadora.

Sus recapitulaciones finales son, no todas, producto de la predeterminación, a veces fraudulenta, de la buscada conclusión del silogismo, que le ha obligado a forzar algunas premisas, como al afirmar, sin excepciones ni matización alguna, que el Estatuto fundamental del soldado (parecido al de los servidores públicos) no es idéntico al de los demás ciudadanos, por lo que en tiempo de paz ocurre a menudo que las necesidades militares se magnifican y subliman frente a una libertad personal minusvalorada, o que el Ejército, Institución con principios autónomos, lo que niega es otros ordenamientos, y concretamente hace gala de la repulsa a su sometimiento a los principios que informan la actuación de las Administraciones Públicas. Afirmaciones ambas que serían aceptables si se consignaran como inicial tendencia en el tránsito a la democracia o, ahora, como posibilidad excepcional, pero no como realidad actual generalizada, que no lo es, y además, por cuanto si esa inclinación se concretase, denunciada, serían precisamente los Tribunales de Justicia Militares quienes la frenarían reponiendo la vigencia de los principios conculcados. Silenciar esta encomiable labor de la Jurisdicción castrense, reflejada en sus Sentencias, dice bien poco de la objetividad de «Soldado y Ciudadano».

Blanquer, al terminar su obra, entona un «*mea culpa*», reconociendo los excesos de su estudio. Quizá yo debiera hacer lo mismo y pedir disculpas —y las pido— por el tono algo desmesurado y desabrido de esta recensión. Pero lo que no es de recibo es que Blanquer diga que aceptaría las críticas sobre sus opiniones jurídicas, cuando en su libro, éstas, tienen menos relevancia que sus aseveraciones ideológicas, expresadas desde un enfoque del punto de vista predeterminado y capcioso que ha elegido: son los valores castrenses —dice— los que deben ajustarse al modelo constitucional y no al revés, y eso es lo que acontece en las FAS, y por ello —añade— quien expresa una opinión crítica sobre los Ejércitos, es calificado por algunos como antimilitarista. Blanquer prefiere que se le tilde de eso, antes de que de inconstitucional.

Está en su derecho. Ser antimilitarista es una opción respetable. Lo que no lo es, o al menos a mí no me lo parece, es fundamentar que así pueda ser tildado en exageraciones o falacias, y menos aún optar a un pre-

mio del Ejército camuflando ese supuesto antimilitarismo. U ocultar, a sabiendas, o con temeridad, que si en alguna ocasión, actualmente, las FAS se resisten a ajustarse al modelo constitucional en algún acto aislado, ello ocurre cada vez menos, por el cambio de mentalidad y la aceptada supeditación de la mayoría de los miembros de los Ejércitos al poder civil y también por la vigilancia judicial de las actitudes controvertidas.

Blanquer, por lo demás, cae en el pecado que denuncia: al afirmar, en la actividad militar, la hipertrofia de los valores castrenses frente a los de los civiles, a la sombra argumental del paraguas de la Constitución, adrede desvaloriza y desprecia ciertas virtudes esenciales marciales, sin los cuales cualquier Ejército sería pura entelequia, a la par que magnifica todos los valores de los ciudadanos, sin distinguir demasiado si son o no fundamentales. Para ese viaje sobran las alforjas de más de setecientas páginas. Con decir que los Ejércitos son inútiles, que sobran, que no hacen falta, que no le gustan, o que no le gusta el de España, por los defectos que critica, eran suficientes 100 páginas.

Por D. Francisco Blay Villasante.

1.2. JOSÉ LUIS MESEGUER SÁNCHEZ. *Los espacios marítimos en el nuevo Derecho del Mar*. Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, Prólogo de JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, 389 páginas.

Constituye para quien escribe esta recensión una gran satisfacción personal dar cuenta, con la extensión que la obra merece, de esta excelente publicación de José Luis Meseguer Sánchez, amigo y compañero (número uno de la Promoción) del Cuerpo Jurídico de la Armada.

En muchas ocasiones, y ésta es una de ellas, la obra escrita refleja la vida del autor que, en plena madurez jurídica, nos ofrece el producto de su rica experiencia centrada, sin descuidar el rigor académico, en los problemas actuales del Derecho Internacional aplicable en los espacios marítimos.

Me atrevería a escribir que la trayectoria vital de J. L. Meseguer está marcada en su dimensión jurídica por cuatro caminos que han moldeado su personalidad científica, profesional y aún humana, con cumplida impronta en las páginas del libro que comentamos. En efecto, el autor ingresó en el Cuerpo Jurídico de la Armada, vivió una intensa dedicación docente, desempeñó la asesoría jurídico internacional de la Administración civil marítimo-pesquera y, finalmente, ejerce la abogacía en el ámbito marítimo-pesquero con una evidente dimensión internacional y comunitaria.

Esta cuádruple trayectoria, que el autor transitó con notable éxito, le ha dotado de una excepcional capacidad para el análisis *iusinternacional* en sus aspectos doctrinal y práctico, le ha proporcionado una información de primera mano sobre la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (uno de los capítulos más logrados de la obra) y le ha facilitado un notable conocimiento de los graves problemas actuales de los espacios marítimos que pudieran abocar en la propia crisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Con una excelente preparación, J. L. Meseguer ingresa en 1963 en el Cuerpo Jurídico de la Armada y destinado en Cartagena, comienza en la Universidad de Murcia la elaboración de su Tesis Doctoral bajo la dirección del Profesor José Antonio Pastor Ridruejo, precisamente sobre «La extensión del mar territorial en España». Se doctora en Derecho en 1972 con la máxima calificación académica.

No es aventurado estimar que no fue ajena a la dedicación del autor al Derecho Internacional Marítimo o Derecho del Mar, la larga tradición *iusmaritimista* del Cuerpo Jurídico de la Armada. Debemos recordar, sin

ánimo de ser exhaustivos, la obra de los compañeros que realizaron excelentes aportaciones a la disciplina que en la Armada siempre se denominó Derecho Marítimo.

Al incorporarnos a las Auditorias de la Armada encontrábamos viejos textos marítimos como el Libro del Consulado del Mar, las obras de Vázquez de Menchaca o Francisco de Vitoria (estudiadas por Barcia Trelles o Miaja de la Muela), Hugo Grocio, Capmany, M. J. Mozo, I de Negrin o acaso la clásica de G. Gidel «Le Droit International Public de la Mer». Con toda seguridad allí estaba «El buque de guerra ante el Derecho Internacional» de F. Fariña Guitián, la obra de G. García Parreño o el «Derecho Internacional Marítimo para uso del Oficial de Marina», Manual fechado en 1941. Más modernamente hay que mencionar a otros juristas de la Armada como J. L. de Azcárraga y Bustamante, J. M. Gutiérrez de la Cámara, J. Duret Abeleira, A. Vigier de Torres, J. Cervera Pery y tantos otros.

La tradición se asentaba ciertamente en el diario quehacer profesional pero también en una formación interdisciplinaria poco frecuente en ámbitos académicos. La misma denominación de la disciplina (Derecho Marítimo) exigía el conocimiento tanto del Derecho público como del Derecho privado de la mar, para abarcar los aspectos internacionales, mercantiles, administrativos, penales, procesales, civiles o laborales relacionados con la navegación. Nunca he podido entender la cesura que se produce a veces en los estudios universitarios entre el llamado Derecho Marítimo cultivado dentro del Derecho Mercantil y el denominado Derecho del Mar estudiado en el Derecho Internacional Público, sin olvidar la copiosa literatura jurídica aportada por los administrativistas (Ley de Costas y Administración Marítima). Poca influencia ha tenido en España la formidable aportación doctrinal italiana, de la mano de la escuela de Antonio Scialoja con todo lo que significó normativamente el Codice della Navigazione o la obra de René Rodiere en Francia, si se exceptúan las publicaciones de Ignacio Arroyo.

Ya Doctor en Derecho y con el bagaje interdisciplinario que le proporciona su sólida formación jurídico naval, J. L. Mesequer dedica largos años a las tareas docentes en las Facultades de Derecho la Universidad de Murcia (1970-1974) o de la Complutense de Madrid (1974-1990), donde comparte la enseñanza con destacados internacionalistas como el propio Pastor Ridruejo, M. Díez de Velasco Vallejo, M. Pérez González, A. Remiro Brotons, Araceli Mangas Martín, Cesáreo Gutiérrez Espada o Concepción Escobar, entre otros.

Realmente el libro, como advierte modestamente el autor en sus «palabras previas», es el resultado escrito de las lecciones de Derecho del Mar impartidas en la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. Abusando de nuestra amistad, conseguí un breve anticipo del autor a quien pedí la elaboración de las voces de Derecho del Mar del Diccionario Jurídico Espasa (Madrid, 1993).

La trayectoria vital del autor va a proporcionarle una gran experiencia profesional cuando es nombrado Asesor Jurídico Internacional de la Marina Mercante primero y, después, Jefe del Servicio de Derecho Internacional Pesquero de la Secretaría General de Pesca Marítima, prestando servicio en la Administración civil marítimo-pesquera durante un dilatado periodo (1974-1985). Es la época en que participa como miembro de la Delegación Española en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1974-1982), es nombrado Consultor de la FAO para temas jurídico-pesqueros y forma parte del Comité de Reclamaciones Pesqueras Hispano-Norteamericano. Asimismo participa como Jefe de la Delegación española en numerosas reuniones de Organismos multilaterales de Pesca y es protagonista destacado en la negociación de acuerdos bilaterales de pesca. Cuando se produce la adhesión de España a las Comunidades Europeas, J. L. Meseguer es encargado del estudio y coordinación del llamado «acervo comunitario» en relación con la pesca marítima.

Ya en plena madurez, el autor es un excelente letrado especializado en temas marítimo-pesqueros, que ejerce la profesión como abogado de los Colegios de Madrid, La Coruña y Vigo, no siendo infrecuente su actuación en el Tribunal Europeo de Luxemburgo.

Es hora ya de referirnos a la obra «Los espacios marítimos en el nuevo Derecho del Mar». Destaca, ante todo, su excelente sistemática que responde a una meditada concepción de esta parte del Derecho Internacional Público. Creemos advertir la influencia de la mejor doctrina en la materia, desde los clásicos (G. Gidel) hasta la doctrina española (F. Fariña Guitián, L. García Arias, J. L. de Azcárraga, J. A. Pastor Ridruejo, la obra colectiva dirigida por A. Poch, J. M. Lacleta, J. A. de Yturriaga o M. Pérez González) o la monumental publicación de René-Jean Dupuy y Daniel Vignes «*Traité du Nouveau Droit de la Mer*» (Economica-Bruylant, 1985).

El libro que comentamos, después del Prólogo del Profesor Pastor Ridruejo y de las «Palabras previas» del autor, se divide en tres partes: I. Antecedentes históricos, doctrinales y políticos del Derecho del Mar. II. Espacios marítimos de superficie. III. Espacios marítimos de profundi-

dad. Es justamente esta agrupación temática de la materia siguiendo el elemental criterio topográfico de la «superficie» o de la «profundidad» lo que confiere al libro una claridad sistemática pues como se dice en el Prólogo, constituye «una presentación sencilla y accesible de los grandes temas del Derecho Internacional del Mar, presentación que se hace a partir de los distintos espacios que, desde el punto de vista jurídico, cabe distinguir en los mares y los océanos» (J. A. Pastor Ridruejo).

Pero el autor no deja de anudar consecuencias jurídicas a la división que propone. Así: «Respecto al carácter de espacio de superficie, su régimen jurídico viene determinado por el principio de libertad de alta mar, en especial las libertades de navegación y sobrevuelo; el carácter del espacio marítimo de profundidad en relación a los recursos marítimos naturales se manifiesta en el reconocimiento de unos derechos de soberanía de distinta gradación, según los recursos sean vivos o no vivos. En éste último supuesto, los derechos de soberanía tienen carácter de exclusividad para el estado ribereño» (página 276).

Sin duda es original la adopción de esta dicotomía (superficie-profundidad) para vertebrar la publicación, que J. L. Meseguer fundamenta acertadamente en la evolución histórica del Derecho del Mar (que nace como un «derecho de superficie» asentado sobre dos pilares fundamentales: el principio político de la libertad de los mares y el de la soberanía del Estado). Para el autor justamente la característica principal del espacio marítimo más polémico (la Zona Económica Exclusiva) consiste en que es, a la vez, de superficie y de profundidad (páginas 275 y 276).

Quizás sea oportuno recordar aquí, al hilo de estas reflexiones, la gráfica imagen que propone R-J Dupuy («Traité du Nouveau Droit de la Mer», ob. cit. p. 219) cuando escribe que la mar ha estado siempre agitada por dos grandes vientos encontrados: el viento de mar adentro (de alta mar), que sopla hacia la tierra (costa), es el de la libertad; el viento de la costa hacia la alta mar es portador del poder soberano. El derecho del mar está siempre situado en el centro de estos enfrentamientos.

Por nuestra parte hemos sido partidarios de una presentación de los espacios marítimos que contemple aquellos sometidos a la jurisdicción del Estado ribereño y, seguidamente, en una escala competencial, se adentre en la alta mar o zona internacional de fondos marinos para, después del estudio del «status» del buque (que, no lo olvidemos, es el gran protagonista del Derecho del Mar), analizar la dimensión dinámica de la utilización de la mar y sus problemas legales íntimamente ligados a la naturaleza de los espacios marítimos donde se desarrolla la navegación.

La primera parte de la obra de J. L. Meseguer se dedica a la exposición de la evolución histórica, doctrinal y política del Derecho del Mar. Constatando el fracaso del Derecho Internacional clásico y apuntando certeramente que, pese a la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la última etapa continúa abierta. Merecen especial atención al autor los criterios de defensa y los económicos que explican la evolución histórica del Derecho Internacional Público del Mar.

En esta parte dedicada a los antecedentes históricos se exponen los intentos de la codificación del Derecho del Mar y la incidencia de las soluciones regionales, fundamentalmente americanas, europeas y africana, añadiendo un estudio de la práctica regional en la materia. Particularmente atractivo es el estudio de los factores determinantes en la formación de un nuevo Derecho del Mar y en su renovación. Los factores económico, tecnológico y estratégico reciben en este capítulo la atención merecida como aspectos decisivos de la obligada renovación de las formulaciones clásicas.

Como no podía ser menos, ocupa un extenso capítulo del libro la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, con particular atención a la posición española en la Conferencia derivada de sus condicionantes políticos, económicos y geográficos. En su análisis el autor no evita algunos perfiles críticos, en relación con la defensa de los intereses de nuestras flotas pesqueras a distancia, que la evolución posterior dejaría en evidencia.

En la parte segunda de la obra, dedicada a los espacios marítimos de superficie, se recorre sucesivamente y con la necesaria extensión: las aguas interiores, mar territorial, zona contigua, estrechos utilizados para la navegación internacional, archipiélagos e islas, alta mar y mares cerrados o semicerrados. La excelente presentación sistemática del autor se inicia, en cada caso, con la exposición de los antecedentes históricos, concepto y naturaleza jurídica, para analizar seguidamente el contenido de su delimitación y regulación en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 1982) y en el Derecho interno español. Pero además se añade el estudio de los aspectos que hemos denominado dinámicos en cada uno de los espacios marítimos. Así, se estudia el régimen de acceso de los buques extranjeros a las aguas interiores, derecho de paso inocente por el mar territorial, práctica española reciente sobre la zona contigua, régimen de paso en tránsito y paso inocente por los estrechos (adoptando una postura realista sobre la posición española respecto del problema del estrecho de Gibraltar), principio archipelágico

y régimen de paso por las aguas archipelágicas y de los mares cerrados o semicerrados en el nuevo Derecho del Mar.

Los problemas jurídicos de la alta mar merecen un extenso capítulo en la obra que comentamos. Después de una breve referencia histórica, se exponen el concepto y naturaleza jurídica de la alta mar y los principios fundamentales de su régimen iusinternacional. A continuación y bajo el epígrafe «Derechos de los Estados en alta mar» se estudia la nacionalidad y condición jurídica del buque, que quizás merecería un capítulo aparte, dentro del derecho de navegación, los derechos de visita y de persecución y el derecho a tender cables y tuberías submarinas. La ley del pabellón se contempla como regla general, con sus clásicas excepciones que la doctrina llamaba «policía general y especiales de la alta mar» (J. L. de Azacárraga y Bustamante), como la competencia penal en caso de abordaje u otro accidente marítimo, el transporte de esclavos, la piratería, el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y las transmisiones no autorizadas desde la alta mar.

Pero la mejor aportación del libro que les presentamos y su mayor mérito, dentro del excelente nivel de la obra, es el extenso apartado que se dedica a la conservación y administración de los recursos vivos en la alta mar que, en palabras del autor, es el desarrollo de la libertad restringida, condicionada, de pesca enunciada en el Art. 87.1.a) como corolario de la libertad de la alta mar, seguido indisolublemente de la «territorialización de la alta mar en materia de pesca». Dentro de este título ofrece particular interés, por la cualificación de J. L. Meseguer en este ámbito, la exposición de las tentativas de modificación posteriores a la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Acuerdo de la Conferencia convocada por las Naciones Unidas sobre la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias (para el que el autor no ahorra sus fundadas críticas, por cuanto resulta en buena parte contrario a la Convención que trata de desarrollar) y el análisis de la extensión unilateral de la jurisdicción pesquera más allá de las zonas económicas exclusivas, la «legislación rampante» que tiene su máxima expresión en las leyes de Chile («mar presencial»), Argentina y Canadá (ampliación de su jurisdicción al alta mar, prohibición de pesca en alta mar, autorización del uso de la fuerza e iniciación del «derecho de persecución» en alta mar), concluyendo con razón que «la tradicional libertad de pesca en alta mar ha quedado reducida a la categoría de reliquia jurídica histórica» (p. 260).

La parte tercera del libro agrupa para su estudio los llamados espacios marítimos de profundidad que son: la Zona económica exclusiva, la plataforma continental y la zona de fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional. De nuevo la regulación internacional de la zona económica exclusiva, una de las más importantes innovaciones del nuevo Derecho del Mar, permite a J. L. Meseguer tratar monográficamente el régimen de pesca en tal espacio marítimo, estudiando el régimen general de pesca (y particularmente las condiciones de acceso de las flotas pesqueras de terceros Estados) y los regímenes especiales de pesca según el tipo de poblaciones de peces o mamíferos marinos.

La plataforma continental, su origen y desarrollo, definición, naturaleza, régimen y límites ocupan la atención del autor que no olvida analizar la condición jurídica de las aguas y del espacio aéreo suprayacente y la práctica española. Finalmente la obra trata el régimen jurídico, de nueva formulación, de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional, que constituye uno de los más «innovadores elementos introducidos en el nuevo Derecho del Mar». Después de una breve exposición histórica, se comentan los principios que rigen la Zona: patrimonio común de la Humanidad, utilización de la Zona con fines pacíficos, responsabilidad por daños y respeto a los derechos e intereses legítimos de los Estados ribereños. A continuación se estudia el aprovechamiento de los recursos de la Zona, se analizan los aspectos de su estructura orgánica o institucional (la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos) y se exponen los mecanismos para la solución de controversias relativas a actividades realizadas en la Zona y la posición de España en esta materia.

La obra aporta una importante referencia bibliográfica y abunda en oportunas citas a pie de página que revelan el importante esfuerzo del autor en presentar la mejor doctrina sobre el Derecho del Mar, las normas internacionales y la documentación más actual, sin merma de la sólida posición científica de J. L. Meseguer en una disciplina donde ha alcanzado un merecido prestigio. Todo lo cual hace muy recomendable la lectura de esta importante obra, en especial para quienes cultivan esta parcela jurídica en la docencia e investigación, o desempeñan funciones jurisdiccionales o de asesoría jurídica relacionadas con los espacios marítimos.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

1.3. BERMÚDEZ FLORES, R. J.: *Compendio de Derecho militar mexicano*, 2.<sup>a</sup> edic., con prólogo de A. MILLÁN GARRIDO, Edit. Porrúa, México DF, 1998 (260 páginas).

Si la publicación, en 1996, de la primera edición del *Compendio* permitía albergar fundadas esperanzas en un resurgimiento del Derecho militar, cuyo tratamiento —continuado y habitual— por parte de la doctrina mexicana comenzaba a ser una realidad hacía más de una década, con esta nueva edición las expectativas y deseos depositados en aquella retornan en una visible realidad, la cual basta corroborar con el dato significativo del rápido agotamiento de los mil ejemplares de tirada de aquella primera edición.

El inusitado y creciente interés por el Ordenamiento jurídico castrense no ha sido, en efecto, casual. Como se ha expresado, los cimientos de este previsible nuevo «siglo de oro» del Derecho militar en México se deben al tenaz trabajo y divulgación de la materia por parte de algunos autores en la década de 1980, destacando la obra —aunque de limitada edición— del Licenciado Antonio Saucedo López, con títulos como *La Jurisdicción del Fuero de Guerra* (1979), *Estudio jurídico de las Fuerzas Armadas en la Constitución de la República* (1980), *La suspensión de garantías individuales y las leyes de emergencia* (1984) y *Apuntamientos de Derecho militar* (1986).

Sin embargo, será el libro *Introducción al Derecho militar mexicano* (1991), del ilustre jurista e historiador José Manuel Villalpando César, el que marque ya —de una manera inequívoca— la senda de esta preconizada «segunda revolución» finisecular del Derecho marcial mexicano. A la espaciada pero paulatina publicación de algunos trabajos con un acreditado y elevado nivel científico, como lo demuestran las distintas voces de Derecho militar incluidas en el *Diccionario Jurídico Mexicano* (8.<sup>a</sup> edic., 1995), debidas a la buena pluma del Doctor Schroeder Cordero, se están añadiendo en los dos últimos años, de forma acelerada, otros estudios jurídicomilitares que no hacen más que corroborar el advenimiento de esta nueva etapa de expansión del Derecho militar, que necesitará caracterizarse imperativamente por la rigurosidad en su acometimiento. Así, baste citar, además de la decisiva obra de Bermúdez, el *Derecho militar mexicano* (1998) de Alejandro Carlos Espinosa, libro éste de clara vocación universitaria, o el renovado artículo de Héctor Fix-Zamudio «Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el Ordenamiento mexicano» (1997).

Para una adecuada valoración de las causas que pudieran motivar este fuerte impulso del Derecho militar en México, justo es reconocer la visible influencia que sobre estos autores contemporáneos ha ejercido la magnífica y fructífera escuela mexicana de mediados de siglo. En efecto, es un verdadero privilegio contar con el legado de juristas como Ricardo Calderón Serrano, Octavio Véjar Vázquez o el mismo Schroeder Cordero, con obras como *Derecho penal militar, Parte General* (1944), *Autonomía del Derecho militar* (1948) y *Concepto y contenido del Derecho militar* (1965), por citar sólo algunas de las más significativas de cada uno de estos maestros. No es casual tampoco que a esta floreciente época corresponda tanto la aparición de una publicación periódica dedicada, con carácter específico, al Derecho marcial -el *Boletín Jurídico Militar* (1935-1955)—, como la progresiva implantación de estos estudios en diversas Escuelas y Facultades universitarias. Puede afirmarse que no hay país en la propia Latinoamérica ni en la misma Europa que haya conocido un período de similares características (de expansión y desarrollo del Derecho militar en apenas treinta años) como en México.

Ahora bien, es precisamente este bagaje jurídico el que debe permitir y no impedir las magníficas posibilidades que se brindan, a esta nueva generación, para un nuevo estudio —necesariamente crítico— del Ordenamiento jurídico militar, en sus más diversas y variadas manifestaciones. Especialmente aquéllas que tienen por objeto el análisis constitucional de la defensa, la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas, extensión y límites de la Jurisdicción militar, la posición jurídica del militar en la Institución castrense o la justificación a la restricción o limitación de los derechos fundamentales y ordinarios de los miembros pertenecientes a los Ejércitos. De los resultados y consecuencias jurídicas extraídas de estos temas dependerá, en buena medida, la respuesta adecuada a cuestiones aún no pacíficas o polémicas como la autonomía del Derecho militar o la pretendida independencia o autosuficiencia del Ordenamiento jurídico militar con respecto al Ordenamiento jurídico general. En este sentido, la permanente referencia a la Constitución de 1917, además de su adecuada exégesis, se erige en piedra angular si se pretende acometer con éxito cualquier nueva perspectiva del Derecho militar.

En el contexto descrito, la segunda edición del *Compendio de Derecho militar mexicano* aparece en el momento más oportuno. En esta ocasión, la obra viene prologada por el Prof. Dr. Antonio Millán Garrido, reconocido jurista y especialista en Derecho militar, donde, tras realizar un recorrido por la historia de la literatura jurídica militar mexicana, efec-

túa —con detalle— un análisis del contenido del libro, destacando sus aspectos más sobresalientes e incidiendo en los temas más novedosos que aporta el autor, lo que no impide que también, paralelamente, ofrezca su personal versión, muy fundada, al respecto. Finaliza, con una valoración de la obra necesariamente positiva, «no sólo por las dificultades intrínsecas presentadas por su objeto, una materia interdisciplinar, carente, hasta ahora, de tratamiento doctrinal adecuado, sino por el elevado nivel de tal exposición, en el que destacan la precisa labor exegética realiza, el estimable esfuerzo de síntesis desarrollado y un acusado sentido integrador presente en toda la obra».

Aunque R. J. Bermúdez mantiene intacta la estructura primitiva del trabajo, con la única excepción de suprimir el apartado XXXVIII del Capítulo 8.º («Las Fuerzas Armadas y el Derecho Internacional»), sustituido ahora por «Las Fuerzas Armadas mexicanas. Principales características y funciones», la edición viene justificada plenamente por la amplia revisión y «rectificación» operadas en ella, y, en esencia, por la nuevas aportaciones del autor en Capítulos como «La Constitución y la materia militar» y «Derecho militar».

El contenido del *Compendio* obedece, sin lugar a dudas, a dos principios confesados por su propio autor: rescatar, entre la doctrina, el interés por el estudio del Derecho militar y su más amplia vocación divulgadora de éste. Pues bien estos mismos objetivos condicionan la misma estructura de la obra, estableciendo en ésta una ordenación sistemática de todos aquellos temas que conforman el Ordenamiento jurídicomilitar. Así, en primer lugar, destaca el estudio sobre los antecedentes históricos, con una extensión y profundidad en su tratamiento sólo justificada por la condición de historiador y el dominio de esta materia que confluyen en R. J. Bermúdez, lo que además explica, dada su pertenencia al Servicio de Justicia Naval, el extenso análisis que dedica a la legislación naval, tanto histórica y vigente. En los dos capítulos siguientes, contempla el marco constitucional en el que se desenvuelve la materia militar (destacando las garantías individuales, derechos, obligaciones y prerrogativas, facultades de los poderes legislativo y ejecutivo federal) y el concepto y contenido del Derecho militar, siendo este último, en mi opinión, el capítulo donde el autor realiza su mayor aportación personal, abogando decididamente por su autonomía y sustantividad propias. Le siguen los capítulos dedicados al estatuto militar mexicano, el fuero de guerra o la jurisdicción militar y la disciplina militar, ostentando particular interés el asignado a la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas, pues no debe soslayarse que

la justificación, aplicación e interpretación de un determinado régimen jurídico para los Ejércitos dependerá de su misma caracterización (mayoritariamente administrativa). La obra se cierra con un elaborado desarrollo de las funciones que corresponden al poder ejecutivo federal y sus órganos, en relación con las Fuerzas Armadas.

Como tuve ocasión de indicar personalmente al autor del libro, este *Compendio* está llamado a ser un «clásico» en la literatura jurídicomilitar mexicana. Así lo confirma su finalidad, el ambicioso contenido de sus páginas, el estudio sistemático y general de la materia acogida y, sobre todo, su «provisionalidad» sometido a una constante y prometida revisión periódica que demanda su exigido carácter riguroso y actualizado. En tal sentido, convengo plenamente con el Doctor Millán Garrido, recensor de la primera edición del *Compendio*, cuando afirma que nos encontramos ante «una obra razonablemente innovadora, que, incorporando nuevos planteamientos al sistema y contenido marcados por la doctrina tradicional, permite afrontar el estudio de la realidad actual de las fuerzas armadas desde unas perspectivas más acordes con las transformaciones jurídico-formales operadas en este específico sector del Ordenamiento Jurídico».

Santiago Prados Prados  
*Universidad de Cádiz*

## **2. NOTICIA DE LIBROS**

ABAD, Montserrat, *La Toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho Internacional*, Madrid, 1997, 511 págs.

Se trata de un estudio profundo, serio y documentado, con el más inequívoco estilo de una tesis doctoral sobre un tema como el del tratamiento de la toma de rehenes en Derecho Internacional que, como señala en el prólogo el profesor Pérez González, ha sido muy poco estudiado en la doctrina. El repaso exhaustivo, y a veces abrumador, que hace la autora de las normas jurídicas internacionales aplicables, se estructura en tres partes fundamentales: las medidas previas, posteriores y coetáneas a la toma de rehenes que pueden adoptar los Estados. Pese a las constataciones de incumplimiento de las convenciones antiterroristas de las Naciones Unidas, y a la indefinición jurídica de ciertos aspectos relacionados con la legitimidad del uso de la fuerza para el rescate de rehenes, no cabe duda de que este libro contiene una apuesta para futuros desarrollos del Derecho Internacional Penal.

ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalem. Estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, 1999, 456 págs.

Este libro publicado en 1962 y que acaba de ser reeditado en España, constituye un magnífico comentario al proceso que tuvo lugar en Jerusalén desde el 11 de mayo de 1960 contra Eichmann, teniente coronel de las SS que desempeñó un decisivo papel en la organización del transporte y deportación de judíos hacia los campos de exterminio, hechos que determinaron su ejecución en la horca. Hannah Arendt, una de las más brillantes intelectuales judías de este siglo, nos ofrece con este libro un compendio de consideraciones históricas, morales y jurídicas en las que no se ahorran críticas a la actuación del fiscal y del gobierno israelí durante el proceso. El deseo que expresa Arendt en el año 1963 es el de que un Tribunal Internacional, en lugar de un tribunal israelí, pueda juzgar determinados crímenes como los cometidos por Eichmann. A la luz de los problemas planteados en el contexto internacional actual, este libro resulta ciertamente iluminador.

COBO OLVERA, Tomás; *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, Barcelona, Bosch, 1999, 422 págs.

Se trata de un libro claro, completo y actualizado, con expresa referencia a la Ley 4/1999, sobre el complejo instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Se estructura en dos partes fundamentales. En la primera se analizan los principales elementos de la responsabilidad patrimonial: nexo causal, funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, cuantía de la indemnización etc., con expresa referencia a su tratamiento jurisprudencial. No se olvida incluir la consideración de las responsabilidades por actos legislativos, las de derecho privado y las penales del personal al servicio de la Administración. La segunda parte aborda el tema del procedimiento, incidiendo sobre todo en el Real Decreto 423/93. Y todo ello aderezado, aparte de con jurisprudencia, con, una bibliografía actualizada y una útil colección de formularios

ESQUIVIAS LÓPEZ-CUERVO, Antonio; JOLY PALOMINO, Federico; MARTÍN VICENTE, Manuel A., *Comentarios a la Ley Disciplinaria Militar (Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas)*, Puerto Real (Cádiz), Ingrasa, 1999, 358 págs.

Como subraya el Subsecretario de Defensa D. Adolfo Menéndez Menéndez en el Prólogo de esta obra, la nueva Ley Orgánica 8/1998 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en vigor desde el 3 de febrero de 1999, ha cumplido con el propósito de responder al proceso de profesionalización en el que se encuentran comprometidas las Fuerzas Armadas españolas, así como al de profundizar aún más en el necesario equilibrio entre la protección de la disciplina y las garantías individuales recogidas en nuestra Constitución. Los autores de esta obra, miembros del Cuerpo jurídico militar, con amplia experiencia práctica en el asesoramiento en materia disciplinaria, han realizado unos valiosos comentarios, acompañados de las respectivas concordancias de los 80 artículos que componen la Ley. Obra oportuna y útil, dirigida no solo a juristas, sino a todos los profesionales de las Fuerzas Armadas que puedan verse confrontados a problemas disciplinarios. No es de extrañar por ello que, al poco tiempo de su aparición, éste libro se haya convertido ya en manual para los cursos de Derecho disciplinario - impartidos en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos para oficiales y suboficiales.

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal internacional*, Madrid, Boletín de información del Ministerio de Justicia, 1999, 82 págs.

Tras la experiencia de la constitución de los Tribunales de Rwanda y de la antigua Yugoslavia, y la constatación de los crímenes cometidos en Kosovo y Timor, el proceso de creación de un Tribunal Penal internacional, va adquiriendo una progresiva concreción. El conocimiento y difusión del texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, reunida en Roma, es fundamental para favorecer el debate jurídico y la noble causa a la que apunta. Es de agradecer por tanto esta sencilla y oportuna edición del Ministerio de Justicia que, junto al texto del Estatuto, nos ofrece una intervención de la ministra de justicia en el transcurso de la Conferencia de Roma, así como una nota elaborada por los servicios jurídicos de su departamento.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El Derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, 629 págs.

A todo profesional del Derecho al servicio de la Administración, y por supuesto al que se halla al servicio de la Administración Militar, se le habrá planteado alguna vez el problema de definir el derecho de acceso a los archivos por parte de los administrados, reconocido por primera vez en nuestra legislación en la Ley 30/1992. ¿Hasta qué punto son compatibles el derecho a saber, a la transparencia y a la investigación con los imperativos de la defensa nacional y seguridad del Estado, los intereses públicos o el derecho a la intimidad?. El libro que comentamos, adaptación de la tesis defendida por el autor en la Universidad de Cádiz, da cumplida cuenta de estas cuestiones y de otras análogas a través de profundas y prolijas consideraciones sobre el Derecho histórico español y el Derecho comparado sin olvidar el Derecho constitucional y comunitario.

GARCÍA TREVILANO GARNICA, Ernesto, *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1998, 172 págs

Las reclamaciones para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración son cada vez más frecuentes y, si bien la depurada doctri-

na del Consejo de Estado ofrece una inestimable ayuda para resolver los problemas que se van planteando, la variedad de situaciones que se presentan obligan a los administrativistas a ensayar continuas síntesis doctrinales. Uno de estos problemas, aparentemente menor, pero de gran trascendencia práctica es el de la valoración del plazo del año para reclamar previsto en el artículo 142 de la LRJAP. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de este plazo?, ¿se trata de una prescripción extintiva?, ¿puede interrumpirse? ¿cuál es el *dies a quo*?, ¿es renunciable?, ¿cuando termina el evento dañoso?.. García Trevijano, en su doble condición de letrado del Consejo de Estado y de profesor de derecho administrativo, aborda con maestría la respuesta a aquellas y a análogas preguntas.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (Ley 29/1998 de 13 de julio), 2 tomos*, Madrid, Civitas 1999, 2.493 Pags.

En el corto transcurso de tiempo desde la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, esta obra del catedrático de Derecho Administrativo, ya va por la tercera reimpresión lo cual es un indicador suficiente del éxito alcanzado por ella entre los profesionales del derecho.

La utilización ajustada de la jurisprudencia y la doctrina y las concordancias normativas en el comentario de cada artículo de la nueva Ley 29/1998, junto con un extenso índice analítico, hacen de ella un instrumento indispensable para los juristas teóricos y prácticos. La preocupación de la nueva Ley por hacer compatibles las garantías de los derechos públicos y privados en juego con la celeridad y efectividad del proceso, se dota de contenido en estos comentarios de González Pérez que sin duda ejercerán una función orientadora sobre la jurisprudencia que vaya dictándose al respecto.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco y GAVILLO RIVAS, Juan José *Comentarios a la Ley 4/1999 de 13 de enero de modificación a la Ley 30/1999*, Madrid, Civitas, 1999, 690 págs.

Después de sus extensos comentarios en dos tomos a la Ley 30/1992, se hacía necesario la publicación de estos comentarios a la presente reforma. Sin perjuicio de la precisión de las observaciones a las que el autor nos tiene acostumbrados, no se ahorran en éstas ciertas consideraciones

críticas a la reforma. Ciertas precisiones contenidas en la Ley 4/1999, según González Pérez, permiten afirmar que el legislador considera lo realizado como una simple etapa que tiene la virtud de haber corregido alguno de los defectos de la «malhadada Ley 30/1992», pero que, al mismo tiempo, muestra un carácter provisional. La Ley 4/1999 es, en definitiva, según afirman los autores de estos comentarios, una Ley que tiende puentes para una futura y más profunda reforma del procedimiento administrativo español.

GRENN, Leslie C. *Essays on the Modern Law of War*, New York, Transnational Publishers, Inc. Ardsley 1999, 604 págs.

El autor, profesor de Derecho Internacional en la Escuela de Guerra Naval de los Estados Unidos en Newport, reúne una serie de ensayos sobre Derecho de la Guerra muy estructurados en un conjunto armónico. Las complejas relaciones entre ley y guerra son abordadas desde múltiples perspectivas, en las que se compatibilizan el riguroso análisis histórico y filosófico de los fundamentos del Derecho de la Guerra (Ramayana, Cicerón, Santo Tomás, Grocio, Martens, etc.) con la discusión sobre los problemas más actuales del escenario internacional como el uso de armas nucleares o del control de armas que causan sufrimientos innecesarios o los procesos judiciales internacionales con ocasión de la violación del derecho de los conflictos armados, y todo ello en el típico lenguaje didáctico, claro y ameno de los autores anglosajones.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, *La Caducidad del Procedimiento Administrativo*, Madrid (Montecorvo), 1998, 364 págs.

El autor, profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de La Laguna, nos ofrece una profunda reflexión sobre la institución de la caducidad instaurada por primera vez en nuestro ordenamiento por la Ley Azcárate de 1889. Pese a su carácter antiguo, la caducidad se ha prestado a múltiples consideraciones doctrinales sobre su mayor o menor relevancia y su naturaleza jurídica. Así, el libro, después de acometer un estudio sobre la naturaleza de la caducidad y de su evolución histórica, pasa a analizar la caducidad en los procedimientos iniciados a instancia de parte, y en los iniciados de oficio, todo ello de conformidad con la Ley 30/1992, por lo que, sin perjuicio de la utilidad de gran parte de sus reflexiones hay que lamentar, por meras razones de

fecha de publicación, la omisión de las novedades que sobre este aspecto, sobre todo en lo que respecta al silencio administrativo, ha incluido la nueva la Ley 4/1999

LEJBOWICZ, Agnes, *Philosophie du droit international. L'impossible capture de l'humanité*, París, (PUF), 1999,

La pregunta sobre qué es el derecho internacional ha adquirido un creciente interés que excede al puro ámbito académico. Por encima de la aplicación de los Tratados y los convenios que constituyen su tejido, el Derecho internacional plantea en el actual contexto, preguntas como las siguientes: ¿puede ser la humanidad, en cuanto tal, sujeto de derecho?, ¿puede soñarse con un imperio mundial, con una instancia judicial que pueda resolver todos los conflictos que enfrenten a los Estados y a los individuos?, ¿puede realmente construirse una instancia judicial que represente a la humanidad entera?. La respuesta de la autora, a lo largo de su libro, profundo, bien estructurado y sugerente, es más bien pesimista. Una especie de monarquía universal como la imaginada por Dante no puede ser alcanzada. La humanidad está aún por hacerse y debemos desprendernos de nuestras utopías sin tratar de precipitar su cumplimiento, permaneciendo vigilantes para no incurrir en los horrores que nos enseña la historia. El papel del Derecho internacional no es el de ofrecer garantías para una ejecución forzada de las utopías, sino el de tratar de someter la fuerza aunque sea bajo la humilde y precaria forma del *ius in bello*.

*LEY DISCIPLINARIA DE LAS FUERZAS ARMADAS*, Edición preparada por Antonio MILLÁN GARRIDO y Santiago PRADOS PRADOS, Madrid, Tecnos, 1999.

Esta edición de la reciente Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, muy manejable y bien adaptada para el uso cotidiano de quienes deban aplicarla, no se limita a una mera transcripción del texto legal. El Prólogo, la bibliografía exhaustiva y el índice analítico que la acompañan, además de ayudar a su mejor interpretación, constituyen un adecuado instrumento introductorio para el conocimiento de esta rama del Derecho militar.

*LEY DISCIPLINARIA DE LA GUARDIA CIVIL*, Edición preparada por Antonio MILLÁN GARRIDO y Santiago PRADOS PRADOS, Madrid, Tecnos, 1999.

Lo dicho en el epígrafe anterior puede ser aplicado a esta nueva edición de la Ley Orgánica 11/1991 de 17 de junio de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, perfectamente actualizada y que incluye todas las modificaciones introducidas por la Disposición Adicional 4ª de la Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre.

MUÑOZ BLANCO, Rosa Elena, *Cruz Roja Española: Un estatuto Jurídico Singular*, Madrid, Tecnos, Cruz Roja Española, Diputación de Cáceres, 1999, 494 págs.

El derecho internacional humanitario tiene en Henry Dunant, fundador de la Cruz Roja, a uno de sus más ilustres impulsores. Su idea filantrópica de crear una sociedad de socorro para heridos de guerra ante la experiencia de los horrores de la batalla de Solferino el 24 de junio de 1859, fue poco a poco, demandando una realidad jurídica e institucional. Es este aspecto el que aborda el libro que comentamos, en el cual se hace un detenido estudio de la evolución normativa reguladora tanto del Comité Internacional de la Cruz Roja como de la Cruz Roja Española. La autora concluye su estudio, afirmando que tras la Constitución de 1978, la Cruz Roja Española, es una institución de interés público, única en su género, institución privada que no puede ser calificada como organismo autónomo, corporación de derecho público, ni fundación, ni administración. Es en definitiva una asociación que no debe inscribirse en el registro de asociaciones. En cualquier caso, reúne todas las características que sirvieron de inspiración a su creador: voluntariedad, independencia, neutralidad, universalidad, unidad, imparcialidad, y humanidad.

REMIRO BROTONS, Antonio, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, Política Exterior Biblioteca Nueva, 1999, 252 págs.

Aprovechando muy bien la coyuntura histórica y la enorme audiencia del caso Pinochet, el catedrático de Derecho Internacional D. Antonio Remiro lanza al mercado este libro que, sin duda, enganará a más de uno con su diseño de bestseller. Porque se trata de un libro jurídicamente muy serio en el que se van comentando y desgranando las principales resolu-

ciones judiciales o documentos políticos que ha ido generando el caso del senador vitalicio chileno. Autos del juez Garzón, recursos de la fiscalía, autos de la Audiencia Nacional, procedimiento de extradición ante la Hight Court y ante el primer y segundo Comité de Apelación de la Cámara de los Lores, quedan perfectamente diseccionados y sazonados con agudas críticas. Sin perjuicio de una posición favorable al principio de persecución universal y a la competencia de los jueces españoles para conocer de los gravísimos delitos imputados a Pinochet, el autor se declara partidario de la solución del arbitraje que además de ser jurídicamente plausible, serviría para relajar la crispación política entre España y Chile.

RIONDATO, Silvio, *Diritto Penale Militare*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998, 413 págs.

Dentro de la preocupación común a todos los países de Europa, por garantizar los derechos y libertades de los individuos en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puede situarse la cuestión de la justificación y fundamento constitucional del Derecho Penal Militar. La «militareidad», como afirma el autor del libro tiene en el derecho italiano un claro fundamento constitucional en el Art. 52, que es en definitiva el que justifica la necesidad de un Derecho penal militar así como la de sus estrictos límites. El autor, con profusión de jurisprudencia, doctrina y legislación, nos ofrece un completo panorama de la situación del Derecho penal militar italiano analizando el concepto y los elementos del delito militar: culpabilidad, antijuridicidad y pena, para culminar en el estudio de la organización de la jurisdicción penal militar y del proceso penal militar italiano. Se trata de una obra fundamental para cualquier estudioso del Derecho penal militar comparado y europeo.

*IX SEMINARIO «DUQUE DE AHUMADA».* *El Mandato Constitucional a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.* Publicados de 1998. Esta publicación recoge las ponencias debatidas y conclusiones de las jornadas celebradas entre el 6 y 8 de mayo de 1997. Fruto de la colaboración entre la Dirección General de la Guardia Civil y la Universidad Nacional de Educación a Distancia. (Ed. Temas del control legal del uso de la fuerza (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), la armonización del principio de libertad con el de la seguridad la sumisión en definitiva de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado al marco constitucional, constituyen el *leitmotif* de este libro en el que destacan las inter-

venciones de destacados juristas como López Ramón, Garberí-Llobregat, Cerezo Mir o Pérez Luño, así como la ponencia del teniente coronel auditor Matamoros acerca de las garantías de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el empleo de los medios coactivos.

*X SEMINARIO «DUQUE DE AHUMADA» El Estatuto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de la Guardia Civil.*

Recién aparecido este volumen, continuación del anterior epígrafe, recoge las jornadas celebradas en mayo de 1998, en las que junto a nuevos análisis jurídicos sobre las libertades públicas de los miembros de la Guardia Civil, cabe destacar un completo e interesante estudio comparado de los Estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tanto nacionales como dependientes de los gobiernos autonómicos efectuados por el Teniente Coronel de la Guardia Civil D. Rafael García Herranz.

*TRATADO DE AMSTERDAM (EL). Análisis y Comentarios.* Dirigido por MARCELINO OREJA y coordinado por FRANCISCO FONSECA MORILLO, Madrid, Ciencias Jurídicas, Mc Craw Hill, 2 volúmenes de 839 págs. y 343 págs.

Los casi cincuenta años transcurridos desde el 9 de mayo de 1950 en que se produjo la declaración de Robert Shumann, Ministro francés de Asuntos Exteriores, en el origen de la CECA y de la CEE, han sido una autentica carrera de obstáculos, en el proceso de construcción de Europa. Hoy por hoy, el Tratado de Amsterdam, con todas las dudas e insuficiencias que plantea, constituye el punto de llegada provisional. La obra que comentamos, desde una perspectiva interdisciplinar, histórica, sociológica, económica y por supuesto jurídica, constituye, por su ambición y seriedad, un punto de referencia obligado en la abundantísima bibliografía española sobre el tema. Al primer tomo, que reúne esos comentarios, se añade un segundo con el texto del Tratado de Amsterdam y el de la Unión Europea consolidado con los correspondientes cuadros de equivalencias.

Carlos Eymar Alonso  
*Doctor en Derecho. Coronel Auditor*

### **3. RECENSION DE REVISTAS**

*Rassegna della Giustizia Militare*. Anno XXI N.º 5-6 Settembre-Dicembre 1995.

Este número de la prestigiosa revista científica, doctrinal y jurisprudencial de la Magistratura Militar italiana, además de las conocidas secciones de Jurisprudencia de la Corte de Constitucional, Corte de Casación y Jueces Militares, nos presenta un único trabajo doctrinal.

Se trata del extenso estudio firmado por Massimo Nunciata que lleva por título *Considerazioni in tema di «Peculato Militare»*. Es decir, consideraciones sobre el tema del peculado o malversación militar.

El artículo da cuenta de la reforma efectuada en el ámbito del Código penal común italiano por Ley de 26 de abril de 1990, reforma que plantea el problema de la disparidad de tratamiento de esta figura con respecto a otros delitos de la misma naturaleza previstos en otros textos normativos, como el *Código Penal Militar de Paz*. Norma que había descrito la conducta ilícita y fijado el tratamiento sancionador, tomando como referencia el ahora reformado artículo 314 del Código penal común, que castigaba (y castiga) el «peculado común».

El trabajo que comentamos comienza con el análisis de la figura del «peculado común» en el Código penal italiano antes de la reforma, exponiendo las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de tal delito y la necesidad de la reforma.

Seguidamente el autor explica las modificaciones introducidas por la Ley de 26 de abril de 1990, reformadora de los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración Pública. Y después de exposición de los escasos méritos e indudables limitaciones que presenta el intento de reforma sufrido por la figura del «peculado común», el autor pasa a tratar los problemas del llamado «peculado» o malversación militar.

La malversación militar está tipificada y castigada en el artículo 215 del Código Penal Militar italiano de Paz, en términos idénticos a la malversación común que describía el Código penal común antes de la mencionada reforma. Se trata de una especificación del tipo penal ordinario que presenta numerosos problemas de índole constitucional como ha

puesto de manifiesto una sentencia de la Corte Constitucional italiana (n° 440 de 1991).

M. Nunziata pone de relieve los límites e imperfecciones de la formulación actual del delito de malversación militar, previsto en el citado artículo 215 del Código Penal Militar de Paz, criticando que la mencionada Ley italiana de 1990 haya «inexplicablemente omitido» adecuar la disciplina del peculado militar. Así puede deducirse que tales imperfecciones técnicas «inexplicables» no son un monopolio del legislador español.

Se refiere el autor también a otras figuras especiales de malversación previstas en el ordenamiento penal italiano, entre las que destacamos la que regula la malversación del militar perteneciente a la Guardia de Finanzas.

Tampoco ahorra críticas M. Nunziata a la propuesta de Ley presentada en la XI Legislatura italiana para reformar el delito de malversación militar en el tipo previsto en el citado artículo 215.

Finalmente el trabajo realiza una valoración de los aspectos positivos y negativos de la futura regulación de la malversación militar, que relaciona con la modificación deseable de la norma común de referencia (la reforma de la reforma). En conclusión, para el autor es necesario evitar que con la reformulación de los delitos especiales de malversación se reproduzcan los defectos advertidos en la modificación del artículo 314 del Código penal, para lo cual es indispensable la reforma previa de la norma común.

De todo este planteamiento propio del Derecho penal militar italiano podemos extraer numerosas enseñanzas para el maltratado delito militar de malversación y, en general, para todos los delitos que integran el título de nuestro Código Penal Militar denominado «Delitos contra la hacienda en el ámbito militar». Hay que reconocer que ha sido poco afortunada en España la interpretación jurisprudencial de tales ilícitos penales castrenses, partiendo de una conocida sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con alguno de los elementos objetivos del tipo de la malversación militar.

En nuestro estudio «El Código Penal Militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes» (publicado en la obra colectiva «El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes», Escuela Judicial, Madrid 1996, pp. 23 a 88) escribíamos que las relaciones de alternatividad entre los delitos comunes y militares persistían entre nosotros y subsisten también en el Código penal de 1995. Quizás la definitiva solución venga de la mano de una pedida y profunda

reforma del Código Penal Militar, donde solo se tipifiquen los delitos que carezcan de correlación con las infracciones comunes. Así, para asegurar la recepción automática en el Código Penal Militar de las modificaciones de las leyes penales comunes y para evitar frecuentes y criticables relaciones de *alternatividad* entre los tipos comunes y los castrenses, se proponía en el mencionado estudio una definición de delito militar comprensivo, para lo que aquí interesa, de cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código penal como (entre otras) los delitos contra la Administración Pública, los delitos de falsedad documental o los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico, siempre que causen perjuicio a los intereses del servicio o de la administración militar.

Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

# **INFORMACIÓN**

## REUNION DE EXPERTOS DE PAÍSES IBEROAMERICANOS SOBRE ADAPTACION DE LA LEGISLACIÓN PENAL INTERNA PARA LA SANCION DE LAS INFRACCIONES CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)

La Reunión de expertos de países iberoamericanos convocada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el Centro de DIH de la Cruz Roja Española y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), con el apoyo del Gobierno del Reino de España, se celebró en Madrid entre los días 10 y 12 de marzo de 1999.

Han participado de la reunión expertos de Derecho Internacional Público, de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, así como expertos gubernamentales provenientes de once países de Iberoamérica y de España. La reunión también contó con la presencia y activa participación de expertos pertenecientes a las organizaciones siguientes: Comisión Internacional de Encuesta, Instituto Internazionale di Diritto Umanitario de San Remo, (UIBA) Unión Iberoamericana de Abogados, (OEA) Organización de Estados Americanos y Tribunal Penal Internacional para la Ex -Yugoslavia.

La finalidad de la Reunión fue examinar las adaptaciones legislativas que han de realizar los Estados en el plano interno para permitir que funcionen los mecanismos de represión estipulados en los tratados de DIH. La Reunión ha permitido:

1. Presentar y discutir las obligaciones de los Estados, dimanantes de los Tratados de DIH con respecto a las infracciones de sus normas.
2. Debatir cuestiones específicas relacionadas con la adaptación de la legislación penal interna para la sanción de los crímenes de guerra.
3. Favorecer el intercambio de información sobre cuestiones jurídicas de fondo y de técnica legislativa relativas a la sanción de las graves violaciones del DHI, mediante la presentación del modelo español y de algunos otros Estados.
4. Proporcionar información sobre la labor del Tribunal para la Ex -Yugoslavia, así como debatir sobre el Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional.

La inauguración de la Reunión de Expertos tuvo lugar en el Salón de Actos del Colegio de Abogados de Madrid, con la intervención del Dr. D. Fernando Oliván en representación del Colegio, de D. Juan Manuel Suárez del Toro Rivero, Presidente de la Cruz Roja Española, del Dr. Jacques Forster en nombre del Comité Internacional de la Cruz Roja y del Dr. D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

La Reunión fue presidida por el Profesor Jacques Forster, miembro y Vicepresidente electo del Comité Internacional de la Cruz Roja, correspondiendo la Vicepresidencia al Doctor Don Fernando Oliván López, del Colegio de Abogados de Madrid.

El Tema I de la Reunión se dedicó al Derecho Internacional Humanitario y fue moderado por el Dr. D Sergio González Gálvez, Embajador y Consejero Especial del Ministerio de Asuntos Exteriores de México. La Primera Ponencia fue expuesta por el Profesor Doctor Don Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid y Director Técnico del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, versando sobre «La obligación jurídico-internacional específica de adaptar la legislación penal interna de los Estados para la represión de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario», con especial referencia a las situaciones de conflictos armados sin carácter internacional.

La Segunda Ponencia estuvo a cargo de Doña Cristina Pellandini, Asesora Jurídica del Servicio de Asesoramiento Jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja, disertando sobre «La posición del CICR con respecto a la represión de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario». Estas dos Ponencias fueron seguidas por un extenso debate, con participación de los expertos asistentes a la Reunión.

El Tema II llevó por título «Derecho Penal Internacional» y fue moderado por el Dr. D. Fernando Oliván López, del Colegio de Abogados de Madrid y Profesor del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. La Tercera Ponencia correspondió al Doctor D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, General Consejero Togado y Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, sobre «Los principios generales del Derecho penal y la protección de las víctimas de la guerra».

Finalizado el debate de la ponencia anterior, el Profesor Doctor D. Alfredo Etcheverry, Profesor de Derecho Penal de la República de Chile,

presentó la Cuarta Ponencia sobre el tema «Los delitos contra la Comunidad internacional: El delito de genocidio, los delitos de lesa humanidad y el crimen de agresión». Materia debatida a continuación por los expertos.

«Los crímenes de guerra y modelos sobre la protección penal de las víctimas de la guerra» integró el Tema III de la Reunión, moderado por el Doctor D. Hernán Salinas Burgos, Miembro de la Comisión Internacional de Encuesta y Diplomático de la República de Chile. La Quinta Ponencia fue desarrollada por D. Fernando Pignatelli Meca, Coronel Auditor y Jefe de la Unidad de Estudios e Investigación del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. Su contenido fue «El modelo español de protección penal de las víctimas de la guerra». Seguidamente y después del correspondiente debate, se expusieron los modelos de otros países como el de la República Argentina a cargo del Contralmirante Auditor Don Agustín Reilly, Auditor General de las Fuerzas Armadas, así como el de las Repúblicas de Colombia, El Salvador, Chile, Panamá y Guatemala.

El Tema IV se dedicó al «Derecho Procesal Penal Internacional» y fue moderado por el Doctor D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, quien disertó sobre «Las garantías judiciales reconocidas en el Derecho Internacional Humanitario para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y para la protección de las víctimas de los conflictos armados». Seguidamente la Séptima Ponencia se desarrolló con una Mesa Redonda sobre «El procedimiento penal internacional», con la participación del Doctor D. Francisco José Fontecilla Rodríguez, Profesor de Derecho procesal, de la Secretaría de Estado de Justicia, de Don Rogelio Gómez Guillamón, Fiscal Jefe de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y del Doctor D. Juan de Miguel Zaragoza, Magistrado y Abogado del Estado, del Ministerio de Justicia. A continuación se celebró un debate sobre la materia.

Finalmente, «Las Jurisdicciones penales internacionales» integró la materia del V Tema, moderado por Dña. Silvia Fernández de Gurmendi, Vicepresidenta del Comité Plenario de la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, de la República Argentina.

La Octava Ponencia fue desarrollada por el Dr. Fabricio Guariglia, Profesor de Derecho Penal de la República Argentina, de la Oficina del Fiscal del Tribunal penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en relación con «La interpretación y el desarrollo del principio de responsabilidad criminal individual a través de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia». Seguidamente tuvo lugar un debate entre los expertos.

La Novena Ponencia sobre «La Corte Penal Internacional» se celebró como una Mesa Redonda a cargo de Don Juan Antonio Yáñez-Barnuevo García, Embajador Jefe de la Delegación de España en la Conferencia Diplomática de Roma, Dña. Silvia Fernández de Gurmendi, de la República Argentina, Dña Clara Inés Vargas, Secretaria General de Estado del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia y Dña. Cristina Pellandini, del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Finalizado en debate de la Mesa Redonda anterior, se elaboraron y aprobaron unas conclusiones, a las que se dio lectura en la Sesión de Clausura. El Comité Internacional de la Cruz Roja editará en breve una publicación recogiendo las Ponencias e intervenciones de los Expertos en esta reunión científica.

Participaron en esta Reunión, expertos de los siguientes países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Perú, Italia, Suiza y España.

#### CLAUSURA DEL V MASTER EN SEGURIDAD Y DEFENSA

El Rector de la Universidad Complutense de Madrid, Profesor Puyol, y el Director del CESEDEN, Vicealmirante Balbás, han clausurado el V Master en Seguridad y Defensa, Título propio de la Universidad Complutense, de dos cursos y 600 horas lectivas, que nació del Convenio de Colaboración entre ambas instituciones.

El Director del Master, Profesor López Roa, Catedrático de Economía Aplicada de la UCM, centró la lección de clausura en apuntar las líneas mas relevantes del conflicto de Kosovo, desde el punto de vista de las principales disciplinas científicas, intervención que sintetizamos seguidamente.

Se trata de un conflicto cuyas raíces eran conocidas, las tensiones larvadas y la organización política en permanente equilibrio inestable.

Es una zona de confluencia de intereses políticos de potencias intra y extra UE, de confesiones y de etnias.

Es un conflicto derivado de distintas formas de entender el nacionalismo que ha obligado a una intervención y ha desatado una corriente crítica sobre la interpretación del derecho internacional ante la limpieza étnica.

El aspecto mas eficaz, con todo, ha sido el estrictamente militar. Ha permitido «ablandar» —con un alto ratio de eficacia en términos de objetivos alcanzados frente a bajas— un terreno en donde la diplomacia, que inicialmente fracasó, tiene ahora amplias posibilidades de lograr acuerdos.

Uno de los aspectos más relevantes y preocupantes, de cara a otros futuros conflictos, ha sido una cierta desatención social. No convendría restar importancia a la existencia de un conflicto de conciencia social donde se ha podido percibir la cohabitación de actitudes de intervención en un conflicto frente a la ausencia de decisión igualmente rápida y precisa, en otros.

Se abren preguntas, desde el punto de vista de la economía del subdesarrollo, respecto a porqué no se intervino económicamente en la zona pero, sobre todo que hubiera sucedido de haber aplicado programas de desarrollo equivalentes a un pequeño porcentaje de lo gastado en el conflicto. En cualquier caso, la guerra ha tenido un alto coste en términos de crecimiento económico para toda la zona, en un momento en el que algunas economías emergían en el competitivo mundo del mercado.

Recuperar niveles de bienestar cuando las expectativas de los inversores son inexistentes a medio plazo, los flujos de turismo han cambiado y las infraestructuras productivas han desaparecido, va a exigir enormes esfuerzos de reconstrucción, que han de pasar por imprescindibles cambios políticos, por reacomodaciones sociales y por un adicional impacto sobre los presupuestos de los países que han intervenido en el conflicto.

## PRIMERAS Y SEGUNDAS JORNADAS SOBRE ASESORAMIENTO JURÍDICO EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA

Organizadas por la Asesoría Jurídica General de la Defensa, y bajo la dirección de la Subsecretaría de Defensa, se han desarrollados en los años 1998 y 1999 las primeras y segundas Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa.

Las I Jornadas, en las que participaron activamente representantes de países hispanoamericanos, tuvieron un triple objetivo. De un lado, el mantenimiento de contactos directos y personales con las distintas Asesorías Jurídicas desplegadas en las estructuras de los tres Ejércitos. De otro lado, el análisis puntual y detallado de la normativa más reciente y de continua aplicación en el ejercicio de la función del asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa. Por último, fueron vehículo idóneo para establecer ciertos criterios generales de actuación, impartidos muchos en el seno de las Jornadas a la vez que otros sirvieron de base para posteriores Instrucciones escritas del Asesor Jurídico General de la Defensa.

Aquel primer objetivo se consiguió ampliamente en su doble faceta de conocimiento personal y exposición de la problemática existente en cada órgano de asesoramiento jurídico. Para ello, y a lo largo de las primeras sesiones de las Jornadas, se produjeron sucesivas intervenciones de los representantes de cada Asesoría Jurídica exponiendo, en líneas generales, los asuntos que en mayor medida se presentaban a efectos de informe jurídico, puntualizándose dichas intervenciones en aquellos aspectos que por su relevancia o trascendencia implicaban una mayor complejidad. De esta manera, además de establecerse un conocimiento personal por parte del Asesor Jurídico General de la Defensa en todos aquellos que, con dependencia funcional de él, cumplen la función de asesoramiento jurídico, se conseguía la finalidad, esencial en estas I Jornadas, de entrar a debatir sobre aquellas cuestiones que, bien por su generalidad o por su especialidad, son habituales en el desempeño de dicha función.

Tras las intervenciones antes aludidas, y en orden a aquel segundo fin de estas I Jornadas, fueron objeto de estudio las normativas más recientes en aquellas fechas y que eran de especial relevancia por su directa afectación a la función de asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa. En este orden, en el que se contó con la activa colaboración de Abogados del Estado, se analizaron la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el entonces proyecto de Ley Orgánica de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el también entonces Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, por su trascendencia y actualidad, la función de asesoramiento en misiones internacionales de mantenimiento de la paz.

Estas I Jornadas cumplieron además, con base en la exposición de problemáticas llevada a efecto por los representantes de las distintas Asesorías Jurídicas, la finalidad de fijar criterios de actuación en orden a solventar los problemas que sucesivamente eran enunciados por aquellos representantes. Muchos de los criterios fueron determinados en el propio seno de las Jornadas y tras los debates consiguientes a las distintas intervenciones, quedando, no obstante, otros pendientes de posteriores informes escritos que, incluso con rango de instrucción, fueron evacuados por la Asesoría Jurídica General al objeto de fijar criterios unificados de actuación.

Por último, las Jornadas, clausuradas por el Subsecretario de Defensa, concluyeron con la intervención del Asesor Jurídico General que, además de agradecer la participación de los representantes de países hispanoamericanos y comunicar al resto de asistentes, personal del Cuerpo Jurídico

Militar, la necesidad de continuar organizando anualmente estas Jornadas, por el beneficio intrínseco de las mismas, puso de relieve la importancia y trascendencia de la función de asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa, también manifestada por el propio Subsecretario de Defensa en el acto de clausura e incluso expresamente contenida en Instrucciones del Ministerio de Defensa, lo que impone, junto a otras medidas de racionalización general de plantillas, la obligación de extremar el celo en el ejercicio de la misma. Exhortó a los representantes de las Asesorías Jurídicas a mantener, dentro de la dependencia funcional del Asesor Jurídico General, contacto directo y habitual tanto con la Asesoría Jurídica General de la Defensa, en el tratamiento y asesoramiento jurídico ordinario, como con los Abogados del Estado, en el seguimiento puntual de aquellos asuntos pendientes en vía jurisdiccional y de especial relevancia para el Ministerio de Defensa.

En las II Jornadas, organizadas y coordinadas por la Secretaría de Estado y Subsecretaría de Defensa y dirigidas por el Asesor Jurídico General, se operó un cambio en su estructura y organización, abordándose, en una primera fase y como tema monográfico, la problemática de la privatización de empresas que desenvuelven su actividad con relación a la Industria de Defensa, enfocándose la segunda parte de las mismas al estudio y análisis de legislación de inminente y habitual aplicación en las Asesorías Jurídicas.

La primera fase contó con la participación de representantes de las Universidades, del Servicio Jurídico del Estado, de Empresas relacionadas con el sector de la Industria de Defensa y miembros del Cuerpo Jurídico Militar, quienes desarrollaron y analizaron la problemática de la privatización de la Empresa pública tanto en su actual estado de desarrollo como con respecto a las previsiones de futuro, de tal manera que dentro del enfoque genérico de la privatización, en el marco del artículo 38 de la Constitución, se conjugue el favorecimiento de la libre competencia en los servicios, dejando paso a la iniciativa privada, con el mantenimiento de la actuación del Estado en los planos más imprescindibles en un modelo de regulación económica. A su vez, se planteó la adecuación del proceso de privatización de Empresas públicas a las disposiciones de Derecho Comunitario con nuestra vinculación a la Unión Europea y a la OTAN.

Además de abordarse el tema de la Industria de Defensa, fueron también objeto de análisis las relaciones contractuales de la industria del sector de la Defensa Nacional con el Ministerio de Defensa, debiéndose congeñar el modelo económico y la evolución hacia las privatizaciones con

la obligada garantía de los suministros, fabricaciones y actividades económicas que tengan por objeto armamento o bienes afectos a la Defensa Nacional a fin de que se establezcan fórmulas que garanticen, por lo que al Ministerio de Defensa se refiere, el cumplimiento de los fines de la Defensa Nacional.

En la segunda parte de las II Jornadas, y siguiendo la línea de las precedentes, se analizaron, contando también este año con la participación de Abogados del Estado y miembros de la Sala V del Tribunal Supremo, cuestiones relativas a la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992; Ley 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; y, Ley 26/1999, de Medidas de Apoyo a la Movilidad Geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, todas ellas de inmediata, habitual y trascendental aplicación en las Asesorías Jurídicas en el ámbito de las Fuerzas Armadas, realizándose también un estudio de la problemática laboral en el ámbito de la Defensa.

Las Jornadas concluyeron con una reflexión sobre el desarrollo del Estatuto del Tribunal Penal Internacional presentada por el Jefe de la Delegación Española ante las Naciones Unidas.

Para terminar, es también relevante señalar que se encuentra próxima a ver la luz la edición de todas aquellas ponencias y comunicaciones vertidas en el seno de las Jornadas, persiguiéndose así una mayor difusión de los debates y conclusiones de dicho foro jurídico.

Ante el éxito de las Jornadas, tanto en el ámbito de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar como el resto de asistentes a las mismas, está previsto que en este año 2000, también en el mes de septiembre, se desarrollen las III Jornadas sobre asesoramiento jurídico, las cuales, siguiendo la estructura de las anteriores, tendrán en su primera parte un tema monográfico, teniéndose previsto que, bajo el título de «La normativa reguladora de las Fuerzas Armadas ante el siglo XXI», analice la problemática de la profesionalización de las Fuerzas Armadas, mientras que, en su segunda parte, se incidirá sobre los aspectos puntuales y normativos de mayor actualidad para el ejercicio de la función de asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa.

**MINISTERIO DE DEFENSA**  
SECRETARIA GENERAL TECNICA  
CENTRO DE PUBLICACIONES

