

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

n.º 120

Madrid (España) • julio - diciembre 2023 • ISSN: 0034-9399



MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR

Francisco Luis Pascual Sarriá, general auditor.

CONSEJO EDITORIAL

Jacobo Barja de Quiroga López, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Ángel Turienzo Veiga, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Antonio Pulido Ortega, fiscal togado. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Margarita García Moreno, subdirectora general de publicaciones y patrimonio cultural. Adoración Mateos Tejada, subsecretaria del Ministerio de Defensa.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Javier Aparicio Gallego, exmagistrado del Tribunal Supremo. Concepción Escobar Hernández, catedrática de Derecho Internacional Público de la U.N.E.D. Francisco Fernández Segado, catedrático de Derecho Constitucional de la U.C.M. Federico Fernández de Buján Fernández, catedrático de Derecho Romano de la U.N.E.D. Juan Manuel García Labajo, exasesor jurídico general. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, letrado mayor del Consejo de Estado. Ricardo Cuesta del Castillo, magistrado del Tribunal Supremo. Fernando Marín Castán, magistrado del Tribunal Supremo. Francisco Menchén Herreros, exmagistrado del Tribunal Supremo. Antonio Millán Garrido, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz. Antonio Mozo Seoane, exasesor jurídico general. Carlos Pérez del Valle, catedrático de Derecho Penal Universidad C.E.U San Pablo. Manuel Pérez González, catedrático emérito de Derecho Internacional de la U.C.M. Fernando Pignatelli y Meca, exmagistrado del Tribunal Supremo. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, expresidente del Tribunal Militar Central. Rafael Eduardo Matamoros Martínez, expresidente del Tribunal Militar Central. Luis Rueda García, teniente fiscal del Tribunal de Cuentas. Manuel Hernández-Tejero García general auditor. María del Carmen Quesada Alcalá, profesora titular Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la U.N.E.D. Fernando García-Mercadal y García-Loygorri, general auditor. Miguel Ángel Encinar Del Pozo, magistrado. María Ángeles Villegas García, magistrada. María del Carmen Quesada Alcalá, profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la U.N.E.D. Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la U.N.E.D. Rafael Alcalá Pérez-Flores, magistrado. María África Herrera Alonso, magistrada. Araceli Mangas Martín, catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la U.C.M. Eduardo Fontán Silva magistrado, jefe del gabinete técnico del consejo general del poder judicial. Abraham Martínez Alcañiz, comandante auditor. José Alberto Fernández Roderá, magistrado del Tribunal Supremo. Francisco Javier de León Villalba, catedrático de Derecho Penal (UCLM). María Begoña Aramendía Rodríguez de Austria, general auditor.

MIEMBROS DE HONOR DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Sáenz Sagaseta de Ilurdoz, académico de número de la Real Academia Española de la Lengua.

SECRETARIO

Fernando de Valenzuela Cossío, coronel auditor

SECRETARIO ADJUNTO

Manuel María Colás Gómez de Barreda, coronel auditor

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de los Ingenieros, 6, Madrid, 28047

Teléfono: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

emej@oc.mde.es

Catálogo de Publicaciones de Defensa

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

APP Revistas Defensa

Disponible para dispositivos Android en Google Play <http://play.google.com/store> y para dispositivos iOS en App Store en <http://store.apple.com/es>

Publicación de periodicidad semestral

Tarifas de suscripción anual: 12,00 €

Europa: 16,00 € Resto del mundo: 18,00 €

Precio ejemplar: 8,00 €

de REVISTA
ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

120 JULIO
DICIEMBRE
2023

MADRID



MINISTERIO DE DEFENSA



Catálogo de Publicaciones de Defensa
<https://publicaciones.defensa.gob.es>



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

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

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2023

NIPO 083-15-140-0 (edición impresa)

ISSN 0034-9399 (edición impresa)

Depósito legal M 523-1958

Fecha de edición: junio de 2024

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

NIPO 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN 2530-1497 (edición en línea)



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

En esta edición se ha utilizado papel procedente de bosques gestionados de forma sostenible y fuentes controladas.

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 120 JULIO-DICIEMBRE 2023

ESTUDIOS

- María García Casas. *La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos: una doctrina construida a partir de las operaciones militares* 9
- Manuel Rodríguez Monserrat. *Análisis del delito de abandono de destino y residencia: factores criminógenos y motivos para la «no» despenalización*. 43
- Jesús Núñez Celma. *La responsabilidad civil en el proceso penal. La reparación integral del daño causado a víctimas y perjudicados*. 85
- Manuel Redondo Hiruelo. *Los plazos prescriptivos en la reclamación del justiprecio y otros vicios de nulidad derivados del impago*..... 149
- Miguel Ángel Franco García. *Una señal de alerta: cuestiones que plantea la aplicación de la Ley de Protección del Informante al personal militar* 199
- Vicente Manuel García Salguero. *Derechos fundamentales en la Unión Europea: progresión y recepción*..... 245

NOTICIAS DE REVISTAS

- Francisco Luis Pascual Sarría. *Noticias de revistas* 283

NOTICIAS

- Fernando García-Mercadal y García-Loygorri. *Noticias* 289

DOCUMENTACIÓN

- José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina legal del Consejo de Estado* 293

NORMAS EDITORIALES 301

ESTUDIOS

**LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL CONVENIO
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UNA DOCTRINA
CONSTRUIDA A PARTIR DE LAS OPERACIONES MILITARES**
*THE EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF THE EUROPEAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: A CASE-LAW DOCTRINE
BASED UPON MILITARY OPERATIONS*

María García Casas

*Premio de Defensa 2023 en su modalidad Premio José Fernando Querol
y Lombardero*

*Profesora ayudante doctora de Derecho Internacional Público en la
UAM*

Resumen

Las condiciones de la aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos han sido el objeto de numerosas demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente con ocasión de las operaciones militares en las que participan los Estados parte. En este trabajo se analiza cómo ha evolucionado la interpretación del artículo 1 del convenio por parte del TEDH y la lógica que subyace a sus pronunciamientos —en ocasiones implícita—, y se muestra un esquema de la doctrina que hasta el momento ha desarrollado el TEDH para conocer en qué circunstancias los Estados parte deben cumplir con las obligaciones del CEDH aun fuera de su territorio.

Palabras clave: Vínculo jurisdiccional, Aplicación extraterritorial, Control efectivo, Operaciones militares.

Abstract

Numerous applications before the European Court of Human Rights regard the issue of the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights. The most common scenario of these applications is the participation of States Parties in military operations abroad. In this paper, we present an analytical study of ECHR's decisions and judgments and their evolution and of the rationale behind them – sometimes not explicit –, and we answer the question of when a State Party acting abroad should comply with the ECHR rules.

Keywords: Jurisdictional Link, Extraterritorial Application, Effective Control, Military Operations.

Sumario

1 Introducción. 2 Las primeras piezas del puzzle. 2.1 La primera pieza: el territorio. 2.2 La segunda pieza: el control sobre las personas. 2.2.1 *El control ejercido por el Estado*. 2.2.2 *El ejercicio de control en las operaciones multilaterales*. 2.4 Una pieza peculiar: el inicio de la investigación como vínculo jurisdiccional. 3 El criterio de las «características especiales». 3.1 El concepto de «características especiales». 3.2 ¿Por qué emplea el TEDH el criterio de las «características especiales» en el asunto Hanan contra Alemania? 3.3 Las diferencias significativas entre Hanan y Güzelyurtlu. 3.3.1 *Una operación militar extraterritorial bajo el mandato de la ONU*. 3.3.2 *Fuera del espacio jurídico del CEDH*. 3.4 ¿Y si Alemania no hubiera iniciado una investigación? 4 el puzzle casi completo en el asunto Ucrania y Países Bajos contra Rusia. 4.1 Los principios generales. 4.2 El vínculo jurisdiccional para cada obligación estatal. 4.3 El «espacio jurídico» del CEDH: un elemento determinante para el establecimiento del vínculo jurisdiccional. 5 Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado su doctrina acerca de la aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en gran medida a propósito de las operaciones militares extraterritoriales de los Estados parte. Durante los últimos veinte años, el tribunal ha ido identificando nuevos criterios para establecer el vínculo jurisdiccional en el sentido del artículo 1 del CEDH¹, frecuentemente en

¹ El artículo 1 del CEDH afirma que los Estados parte «reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título » del texto convencional.

el examen de admisibilidad de demandas originadas por las actuaciones de los Estados en operaciones militares multilaterales. La adición de criterios ha sido a menudo interpretada como un cambio de enfoque sobre la jurisdicción del tribunal². Sin embargo, tras un estudio detenido de los pronunciamientos, se puede afirmar que el tribunal ha mantenido una máxima común: el control suficiente por parte del Estado para poder salvaguardar el derecho de que se trate. No obstante, es cierto que la suficiencia del control ejercido por el Estado —para considerar que los hechos se han cometido bajo su jurisdicción, en el sentido del artículo 1 CEDH— se evalúa de forma distinta en función del derecho, o de su vertiente, supuestamente vulnerada.

Aunque en los primeros años los criterios que empleaba el tribunal para determinar el vínculo jurisdiccional y, con él, la aplicación de las obligaciones del Convenio podían parecer cambiantes, podemos afirmar que actualmente se ha dibujado un esquema que, a pesar de sus múltiples elementos, es, en su mayoría, coherente y permite prever la aplicación extraterritorial del CEDH en casos futuros. Esta conclusión se ve, a nuestros ojos, confirmada por la didáctica explicación que el TEDH incluye en la decisión en el asunto Ucrania y Países Bajos contra Rusia³ para establecer los vínculos jurisdiccionales. Todo esto nos lleva a poder identificar una doctrina sobre la aplicación extraterritorial del CEDH en la que destaca la particularidad de las obligaciones procesales derivadas del derecho a la vida.

2. LAS PRIMERAS PIEZAS DEL PUZZLE

La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos requiere de la determinación del vínculo jurisdiccional en el sentido del artículo 1, una cláusula incorporada por primera vez en este texto convencional⁴.

² Como ejemplos de estas interpretaciones véase: MILLER, S. (2010), Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention, *The European Journal of International Law*, vol. 20, no. 4, pp. 1223-1246; NAGORE CASAS, M. (2017), Presencia militar y jurisdicción extraterritorial: la dilución del concepto de «control efectivo sobre el territorio» en los casos de Nagorno-Karabakh ante el TEDH, *Revista General de Derecho Europeo*, 43, pp. 272-296; MALLORY, C. (2021), A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights?, *QIL (Zoom in)*, 82, pp. 31-51.

³ European Court of Human Rights, *Case of Ukraine and the Netherlands v. Russia*, Decision, 30 November 2022 (Applications nos. 8019/16 and 28525/20).

⁴ JANER TORRENS, J. D. (2023), *Conflictos territoriales y Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, p. 50.

Como es evidente, los tratados internacionales de derechos humanos solo obligan a los Estados que son parte en ellos y, para que la protección que implica el tratado se aplique a un individuo, es imprescindible determinar si el individuo que reclama la protección se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado parte en el tratado. Cuando los tratados se refieren a la jurisdicción del Estado se entiende que, de forma habitual, esta se ejerce en el territorio del que son soberanos, pero no únicamente, pues existe el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. Por esta razón, la noción de jurisdicción del Estado es la piedra angular del CEDH y una de las más complejas del derecho convencional, como señala J. Abrisketa⁵.

Al emplear el término jurisdicción puede ser confundido con la jurisdicción de los tribunales, en este caso, del TEDH, aunque ya se ha indicado que la jurisdicción del TEDH no presenta más dudas, pues esta sigue necesariamente a la determinación de la aplicación del CEDH. El TEDH ha sido, como es natural, el encargado de determinar la existencia del vínculo jurisdiccional ante hechos ocurridos fuera del territorio de los Estados parte, pues su competencia se extiende allí donde sea aplicable el Convenio. Por esta razón, acudimos a su jurisprudencia para encontrar la definición que proporciona el tribunal a la expresión «bajo su jurisdicción» del artículo 1 del CEDH.

Cuando nos referimos a la jurisdicción es también fácil equipararla al concepto de «jurisdicción del Estado» propio del Derecho internacional y, con ello, asumir su significado, es decir, la capacidad del Estado, derivada de su soberanía, de regular la conducta de las personas físicas y jurídicas y de hacer cumplir esas normas⁶. Sin embargo, a simple vista no parece que esa sea la acepción de jurisdicción adecuada para la interpretación del artículo 1 del CEDH y, de acuerdo con M. Milanovic⁷, la confusión entre ambos términos genera problemas. Si bien la jurisdicción del derecho internacional general no parece equiparable al sentido que le otorga al mismo término el artículo 1 del CEDH, sin duda hay una relación entre el territorio de soberanía del Estado y el ejercicio de la jurisdicción, ya sea en su versión general o en la propia del CEDH.

⁵ ABRISKETA URIARTE, J. (2015), *The Problems the European Court of Human Rights Faces in Applying International Humanitarian Law* en Gibbons, P. y Heintze, H-J (eds.): *The Humanitarian Challenge*, Springer, p. 208.

⁶ MILANOVIC, M. (2008), *From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, *Human Rights Law Review*, vol. 8, Issue 3, p. 420.

⁷ *Ibid*, p. 422.

2.1. LA PRIMERA PIEZA: EL TERRITORIO

Aunque entendamos que la jurisdicción a la que se refiere el CEDH no tiene por qué abarcar todos los ejercicios de poder del concepto clásico —estrechamente ligados al concepto de soberanía del Estado—, no cabe duda de que lo presumible es que el CEDH se aplique en el territorio de los Estados parte porque, sea lo que sea la jurisdicción, allí se ejerce. En este sentido, las disputas habituales acerca de la determinación del vínculo jurisdiccional tienen relación con hechos cometidos fuera del territorio del Estado demandado. Esto es lo que ocurre en el primer asunto al que podemos recurrir para conocer la doctrina sobre la determinación del vínculo jurisdiccional, *Loizidou contra Turquía*⁸. La demandante, de nacionalidad chipriota, fue detenida en una zona ocupada por Turquía en el norte de Chipre y demandó al Estado turco por vulnerar su derecho a no sufrir tratos inhumanos, a la libertad y a la propiedad⁹. Para el Gobierno turco, la presencia de fuerzas armadas turcas en el norte de Chipre no podía ser equiparada a su jurisdicción sobre ese territorio en tanto que ese estaba bajo la jurisdicción de la República Turca del Norte de Chipre. Sin embargo, el tribunal indicó que, aunque los hechos tuvieron lugar fuera del territorio turco, era posible que hubieran ocurrido bajo su jurisdicción¹⁰. En ese sentido, el TEDH continuó indicando que, teniendo en cuenta el objeto y el propósito de la Convención, la responsabilidad de un Estado parte puede derivarse cuando, a consecuencia de sus actividades militares (legales o ilegales), el Estado ejerce un control efectivo sobre una zona fuera del territorio nacional. A esta afirmación el TEDH añade una explicación muy esclarecedora para entender su aproximación al concepto de jurisdicción, ya que indica que la obligación de asegurar en esa zona los derechos y las libertades reconocidas en el CEDH se deriva, precisamente, de su control sobre ella, ya sea ejercido de manera directa a través de las Fuerzas Armadas o de una administración subordinada.

De este modo, la jurisdicción de un Estado sobre un territorio viene determinada por el control que tenga sobre este. El control de un territorio

⁸ European Court of Human Rights, *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objection)*, Judgment, 23 March 1995, párrafo 62.

⁹ Ya que, tras la detención, fue expulsada del territorio ocupado en el que se encontraban unas tierras de su propiedad.

¹⁰ Con este propósito, el TEDH recuerda que forma parte de su jurisprudencia la afirmación de que la extradición o la expulsión de una persona por un Estado parte puede conllevar la vulneración del artículo 3 del Convenio y que la responsabilidad de los Estados parte puede concurrir aun cuando los actos de sus autoridades produzcan efectos fuera del territorio nacional. Véase: *Ibid.*

como circunstancia que da lugar al vínculo jurisdiccional en el sentido del artículo 1 del CEDH es también la fundamentación que el TEDH expone en el asunto *Bankovic* en el año 2001. Concretamente, es la ausencia de este control sobre el territorio lo que lleva al tribunal a inadmitir la demanda. Sin embargo, en lugar de abundar en el elemento del control efectivo, el tribunal se apoya en el concepto de jurisdicción del derecho internacional y genera confusión¹¹. Recordemos que este asunto parte de la demanda interpuesta por varias víctimas contra diecisiete Estados parte del Convenio que participaban en la operación militar de la OTAN sobre el territorio de la antigua Yugoslavia y, en el transcurso de esa operación, bombardearon la sede de la emisora de radio RTS provocando la muerte de varios civiles. En la decisión de inadmisión, el tribunal, siguiendo el mismo criterio empleado en los asuntos anteriores —la determinación de la jurisdicción del Estado en tanto que control efectivo sobre el territorio—, puso el énfasis en la territorialidad de la jurisdicción, lo que desdibuja el elemento de control —una cuestión fáctica— y es lo que ha provocado que esa decisión sea criticada. En concreto nos referimos a la afirmación expresa de que el CEDH no fue diseñado para aplicarse en otros lugares del mundo —incluso con respecto de la conducta de los Estados parte¹²— y que el bombardeo no constituía una circunstancia que pudiera originar el vínculo jurisdiccional. Esta es, a mi entender, la clave de la decisión del tribunal: el bombardeo no es por sí mismo un acto extraterritorial que pueda considerarse un ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 del CEDH¹³. Es evidente que no se pueden equiparar los distintos niveles de control que los Estados

¹¹ De hecho, habiendo explicado que la interpretación de esta cláusula del tratado debe realizarse conforme a las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el TEDH afirma: «As to the “ordinary meaning” of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States». Véase: European Court of Human Rights, *Bankovic and others v. Belgium and others*, Decision 19 December 2001, párrafo 59.

¹² *Ibid.*, párrafo 80.

¹³ *Ibid.*, párrafo 74: «The applicants maintain that the bombing of RTS by the respondent States constitutes yet a further example of an extra-territorial act which can be accommodated by the notion of “jurisdiction” in Article 1 of the Convention, and are thereby proposing a further specification of the ordinary meaning of the term “jurisdiction” in Article 1 of the Convention [...]. The Court considers that the applicants’ submission is tantamount to arguing that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention».

demandados ejercieron en *Loizidou* y en *Bankovic*, pero sin duda puede haber un control efectivo fuera del territorio nacional porque al hablar de la existencia del vínculo jurisdiccional no nos estamos refiriendo a que el Estado pueda ejercer jurisdicción —prescriptiva y coercitiva— sobre ese territorio, sino simplemente a que lo controla y, por el hecho de ese control, se despliegan las obligaciones del CEDH.

No obstante, como decíamos, el sentido de la decisión es consistente con su jurisprudencia anterior y afirma que el «espacio jurídico» del CEDH es el territorio de los Estados parte salvo circunstancias muy excepcionales. Esas circunstancias excepcionales a las que se refiere —los casos de extradiciones o expulsiones de individuos, casos en los que las autoridades estatales desempeñaran sus actividades en el extranjero o estas produjeran efectos allí, o las situaciones en las que, a consecuencia de acciones militares, el Estado lograra el control efectivo de un territorio extranjero¹⁴— siguen lo establecido en el asunto *Loizidou*.

2.2. LA SEGUNDA PIEZA: EL CONTROL SOBRE LAS PERSONAS

2.2.1. El control ejercido por el Estado

Tras la confusa explicación de *Bankovic* en el año 2001, el TEDH siguió encontrándose con muchas más ocasiones en las que debía determinar la existencia del vínculo jurisdiccional, en el sentido del artículo 1 del CEDH, en relación con hechos cometidos fuera del territorio de los Estados parte. La participación de numerosos países europeos en las operaciones y coaliciones internacionales establecidas para la lucha contra el terrorismo supuso, en palabras de Miller¹⁵, que la aplicación extraterritorial del Convenio dejara de ser un debate doctrinal aparentemente abstracto para transformarse en una cuestión con importantes consecuencias políticas y jurídicas. Es a propósito de estas circunstancias que llegan al TEDH numerosos asuntos relativos al uso de la fuerza armada en el extranjero por tropas de Estados parte en el marco de operaciones multilaterales. En ellos se planteaba también el problema de la jurisdicción extraterritorial a los efectos de la vertiente material del derecho a la vida y a la libertad,

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ MILLER, S. (2010), Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention, *The European Journal of International Law*, vol. 20, n.º 4, p. 1224.

como ocurría en los casos antes referidos. No obstante, en ninguno de los asuntos que vamos a analizar los hechos que propiciaron las demandas ante el TEDH habían sido ataques aéreos como sí había ocurrido en Bankovic.

Los dos primeros asuntos, por orden cronológico, de la era post-Bankovic surgen a raíz de demandas contra Turquía. Aunque en ninguno de los dos asuntos el Estado demandado cuestiona la aplicación del CEDH, en las sentencias el TEDH determina el vínculo jurisdiccional basándose en el control efectivo del Estado, pero no por el control ejercido sobre del territorio en el que ocurren los hechos, sino por el ejercido sobre la persona afectada por ellos. Es una vía distinta a las anteriores, pero esto no implica necesariamente que haya modificado el enfoque de Bankovic, pues se pronuncia sobre la concurrencia del vínculo jurisdiccional acudiendo a las excepciones a la norma general de la jurisdicción territorial que ya había señalado en Bankovic. El primero de estos asuntos es Öcalan contra Turquía, en el que el demandante fue detenido por agentes de seguridad de Turquía en un avión en la zona internacional del aeropuerto de Nairobi. El TEDH afirmó que era indiscutible que, al estar el demandante bajo las autoridades turcas, se encontraba bajo la jurisdicción del Estado turco aunque esta se estuviera ejerciendo fuera de su territorio¹⁶. El segundo asunto es Pad contra Turquía¹⁷, en el que las víctimas fueron capturadas por soldados turcos en territorio iraní y trasladadas a territorio turco. En la decisión de admisibilidad, el tribunal recuerda que en el asunto Bankovic ya se indicaba que existían circunstancias en las que el Estado podía ejercer su jurisdicción fuera de su territorio, como resulta en este caso.

Podemos observar que, en estas resoluciones, sigue vigente la necesidad del control efectivo por el Estado parte, aunque no es necesario que se trate del control sobre el territorio, sino que se entiende como suficiente el control efectivo del Estado sobre las personas. M. Nagore Casas¹⁸ se refiere a estos dos asuntos —Öcalan contra Turquía y Pad contra Turquía— como

¹⁶ European Court of Human Rights, *Case of Öcalan v. Turkey*, Judgment 12 May 2005, párrafo 91: «It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the “jurisdiction” of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory».

¹⁷ En este asunto, el vínculo jurisdiccional no es una cuestión disputada por el Estado demandando en tanto que, según sus argumentos, los hechos no formaron parte de una incursión militar en territorio iraní, sino que habían ocurrido dentro de las fronteras turcas. Véase: European Court of Human Rights, *Case of Pad and Others v. Turkey*, Decision as to the Admissibility 28 June 2007, párrafo 53.

¹⁸ NAGORE CASAS, M. (2017), Presencia militar y jurisdicción extraterritorial: la dilución del concepto de «control efectivo sobre el territorio» en los casos de Nagorno-Karabakh ante el TEDH, *Revista General de Derecho Europeo*, 43, p. 281.

muestra del cambio de aproximación por parte del TEDH y de una interpretación de la jurisdicción *de facto*, entendiéndose que existía el vínculo por encontrarse el demandante bajo el control físico de las autoridades turcas o por haber abierto fuego sus militares contra personas en el territorio de un tercer Estado respectivamente. Sin embargo, no parece haber una desviación con respecto a lo previsto por el TEDH en *Bankovic* y en los asuntos previos, sino que más bien estas sentencias refuerzan la necesidad de determinar un control efectivo *de facto* sobre la víctima en aquellos casos en los que no se encuentra en el territorio controlado por el Estado parte. Aunque fuera desafortunada la referencia del tribunal en *Bankovic* a la jurisdicción en el derecho internacional, no es comparable el control que ejercen los agentes del Estado turco sobre las víctimas en estos asuntos con el que podría predicarse de los militares implicados en el bombardeo que constituye el asunto *Bankovic*. Creo más acertado afirmar que el tribunal ha ido añadiendo elementos —nuevas piezas— a su doctrina sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones del CEDH y manteniendo el elemento constante del control efectivo del Estado. Sin embargo, es cierto que hasta hace poco no hemos podido observar la construcción completa, y esa construcción por fases podía aparentar arbitrariedad.

De acuerdo con lo dispuesto en los asuntos contra Turquía que se acaban de exponer, el control ejercido de forma efectiva sobre las víctimas también resulta suficiente para determinar la existencia del vínculo jurisdiccional en el marco de la participación de los Estados parte del CEDH en las operaciones multilaterales de la década de los 2000. En estas demandas ante el TEDH se presenta la misma problemática: las vulneraciones de derechos humanos se habían cometido por las fuerzas armadas fuera del territorio de soberanía. En el asunto *Al-Skeini* contra Reino Unido, el TEDH afirmó que Reino Unido (junto con Estados Unidos) había asumido en Irak el ejercicio de algunos de los poderes públicos que habitualmente ejercen los Gobiernos soberanos. En concreto, Reino Unido había asumido el mantenimiento de la seguridad en el sureste del país, por lo que los soldados británicos que participaron de las operaciones de seguridad en la zona durante ese periodo ejercieron autoridad y control sobre las víctimas de los ataques, lo que supone la existencia de vínculo jurisdiccional¹⁹. El aspecto más interesante que añade esta sentencia es el alcance del vínculo jurisdiccional con respecto del catálogo de derechos del CEDH, ya

¹⁹ European Court of Human Rights, *Case of Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Judgment 7 July 2011, párrafo 149.

que afirma que este puede ser dividido²⁰. El tribunal indica que cuando los agentes del Estado ejercen control efectivo sobre individuos fuera del territorio del Estado, el Estado parte queda obligado a garantizar todos los derechos y libertades del CEDH que sean relevantes en esa situación para esos individuos. Por el contrario, el tribunal reitera que, cuando el Estado demandado ejerce un control efectivo sobre el territorio —ya sea a raíz de una actividad militar legal o ilegal—, estará obligado a garantizar todos los derechos sustantivos recogidos en la Convención y en los protocolos que haya ratificado.

En todo caso, se mantiene la necesidad de control efectivo sobre el titular de los derechos, si bien puede darse incluso sin el control efectivo del territorio en el que se encuentre.

2.2.2. El ejercicio de control en las operaciones multilaterales

Como venimos diciendo, el TEDH desarrolla gran parte de su doctrina acerca de la determinación del vínculo jurisdiccional con el CEDH a propósito de las actuaciones de los Estados en el marco de operaciones militares multilaterales. El hecho de que la actuación extraterritorial posiblemente vulneradora del CEDH se enmarque en una operación autorizada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no debiera ser, en principio, un elemento que alterase la determinación del vínculo jurisdiccional, pero la circunstancia de que se trate de una operación multilateral sí podría influir en la procedencia de las órdenes que se ejecutan y presentar problemas a la hora de intentar constatar el control efectivo por parte del Estado demandado.

Siguiendo la doctrina que estaba desarrollando el TEDH, lo necesario sería identificar que fueron los miembros de las Fuerzas Armadas del Estado demandado los que ejercían un control efectivo sobre la víctima. Si las órdenes procedieron de una autoridad distinta a las fuerzas militares ejecutoras, nos encontraríamos con un obstáculo a la hora de atribuir la conducta al Estado que debería dirimirse junto con las cuestiones sustantivas del caso. Así se hizo en los asuntos *Behrami* y *Behrami* contra Francia y *Saramati* contra Francia, Alemania y Noruega²¹, que integraban varias demandas basadas en unos hechos ocurridos en Kosovo en el marco de

²⁰ *Ibid*, párrafo 137. El tribunal lo expresa a través de la fórmula «*divided and tailored*».

²¹ European Court of Human Rights, *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, Decision, 2 May 2007.

las misiones UNMIK y KFOR²². Era necesario unir la determinación del vínculo jurisdiccional al fondo de la cuestión porque, para determinar la concurrencia del vínculo jurisdiccional, era necesario averiguar bajo qué autoridad se habían producido los hechos. En esa ocasión, el TEDH partió de que Kosovo no estaba controlado por la antigua República de Yugoslavia y precisa que el significado que atribuye al término control es el mismo que estaba presente en los asuntos contra Turquía por hechos ocurridos en el norte de Chipre. Continúa explicando que no hay pruebas de que, en la fecha de los hechos, se hubiera producido ninguna transferencia de responsabilidades a las autoridades locales y que se encontraba bajo el control efectivo de fuerzas internacionales que ejercían poderes públicos que otrora ejercía Gobierno de la antigua república. Por esa razón añade un aspecto interesante: no tiene que averiguar si los Estados demandados ejercieron su jurisdicción de forma extraterritorial, sino si es posible examinar a la luz del CEDH la contribución de los Estados a las fuerzas civiles y de seguridad —UNMIK y KFOR respectivamente— que ejercían el control en Kosovo²³. Finalmente, concluyó que los hechos en torno a los cuales se planteó la demanda eran atribuibles a Naciones Unidas y no a ninguno de los Estados demandados en tanto que los actos llevados a cabo por las misiones KFOR y UNMIK no obedecían a ninguna autoridad de los Estados demandados²⁴. De nuevo, el elemento decisivo es quién ejerce el control, entendido este como la autoridad responsable de entre los participantes de la operación multilateral.

También en el asunto *Al-Jedda contra Reino Unido*²⁵ fue necesario resolver la atribución de la conducta al Estado para pronunciarse sobre la existencia del vínculo jurisdiccional, aunque en este caso sí se encontró un vínculo jurisdiccional con Reino Unido. La demanda se originó por el internamiento de un civil iraquí durante más de tres años en un centro de detención a cargo de las fuerzas militares británicas en Irak. El Gobierno de Reino Unido alegó que no había vínculo jurisdiccional con las obligaciones del CEDH, pues su actuación se produjo bajo la autoridad de la fuerza multinacional de acuerdo con la resolución del Consejo de Seguridad. Sin embargo, el TEDH desestimó ese argumento por considerar que

²² Concretamente, no haber retirado las minas de una zona que resultó en la muerte de unos niños —los hijos de Behrami— mientras jugaban ajenos a la presencia de minas no detonadas y la detención extrajudicial con privación de acceso a un tribunal de Saramati.

²³ *Ibid*, párrafo 69 y ss.

²⁴ *Ibid*, párrafo 151.

²⁵ European Court of Human Rights, *Case of Al-Jedda v. The United Kingdom*, Judgment, 7 July 2011.

la autorización incluida en la resolución 1511 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no implicaba que los actos de los soldados de la fuerza multinacional fueran imputables a la organización y, por tanto, dejaran de ser atribuibles a los Estados participantes²⁶. Asimismo, ni en el momento de la invasión ni más adelante hubo ninguna resolución del Consejo de Seguridad que especificara cómo se debían distribuir las funciones estatales entre las potencias internacionales en el caso de que el régimen iraquí cayera. El TEDH entendió que el Consejo de Seguridad no mantuvo el control efectivo ni la autoridad sobre los actos y omisiones de las tropas y que el internamiento del demandante se había producido bajo la jurisdicción de Reino Unido.

En la siguiente sentencia de interés para este estudio, Jaloud contra Países Bajos, relativo a la participación de Países Bajos en una fuerza multilateral en Irak²⁷, el TEDH decidió también unir a las cuestiones de fondo su respuesta a la objeción preliminar planteada por Países Bajos y sustentada en la falta de vínculo jurisdiccional por su estrecha relación con la atribución de la conducta denunciada. La demanda se sustenta en la falta de investigación suficientemente independiente y efectiva de la muerte producida por los disparos a civiles desde un control de seguridad en Irak. El Estado demandado adujo que los hechos en cuestión no se habían producido bajo su autoridad, pues la resolución 1483 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas solo designaba como potencias ocupantes en esa operación a Estados Unidos y Reino Unido. No obstante, el TEDH entendió que, en la coalición internacional, los Países Bajos eran los responsables de proporcionar la seguridad en esa zona y mantuvieron un control completo de su personal militar —que disparó a quienes pasaron por el puesto de control de seguridad, ejerciendo control sobre ellos—, y concluyó que los hechos se produjeron bajo su jurisdicción. Abunda el TEDH en que lo decisivo no es que el puesto de control estuviera nominalmente manejado por personal de nacionalidad iraquí, puesto que ese personal se encontraba bajo la autoridad de las fuerzas de la coalición internacional, y que las tropas holandesas no se encontraban bajo la dirección y el control exclusivo de ningún otro Estado, pues ni siquiera la ejecución de una orden emitida

²⁶ *Ibid*, párrafo 80. RYNGAERT, C. (2012), Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights, *Merkourios Utrecht Journal of international and European Law*, vol. 28, issue 74, p. 60.

²⁷ European Court of Human Rights, *Case of Jaloud v. The Netherlands*, Judgment, 20 November 2014.

por otra autoridad es causa suficiente de exención de las obligaciones convencionales para el Estado que ejecuta²⁸.

2.4. UNA PIEZA PECULIAR: EL INICIO DE UNA INVESTIGACIÓN COMO VÍNCULO JURISDICCIONAL

En este apartado vamos a reflejar unos vínculos jurisdiccionales distintos que establece el TEDH para las obligaciones del CEDH que se desprenden de la vertiente procesal del derecho a la vida. En el último asunto al que nos referimos, en el que la demanda se apoyaba en la vulneración de la vertiente procesal del derecho a la vida, el tribunal estableció el vínculo jurisdiccional al comprobar el control efectivo de los agentes del Estado sobre las víctimas, pero, posteriormente, ha señalado otras vías distintas aplicables a las obligaciones procesales derivadas del derecho a la vida. En concreto, asentó los nuevos principios aplicables en 2019²⁹ en su sentencia del asunto *Güzelyurtlu* y otros contra Chipre y Turquía³⁰, en la que aseveró que el inicio de una investigación o procedimiento penal sobre una muerte ocurrida fuera del territorio de un Estado parte, en virtud de su ordenamiento nacional —y en aplicación de los principios de jurisdicción universal, personalidad activa o pasiva o de protección de los intereses nacionales—, es suficiente para establecer el vínculo jurisdiccional con la

²⁸ *Ibid*, párrafo 143, 151 y 152. En todo caso, puntualiza que en ningún momento puede equipararse el test de atribución del comportamiento a la atribución de la conducta propia del régimen de responsabilidad internacional por hechos ilícitos, precisamente porque los derechos del CEDH se consideran de forma individual y adaptada a cada uno. Sobre la relación entre el test de atribución para determinar la jurisdicción del CEDH y su uso para establecer la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, es especialmente interesante y clarificador el trabajo de ROONEY, J. M. (2015), *The Relationship between Jurisdiction and Attribution after Jaloud v. Netherlands* [en línea]. *Netherlands International Law Review*, vol. 62, pp. 407–428. Disponible en: DOI 10.1007/s40802-015-0041-y

²⁹ El propio TEDH asevera que en el asunto *Güzelyurtlu* y otros contra Turquía asentó los principios para determinar el vínculo jurisdiccional. Véase: ECHR, *Case of Hanan v. Germany*, Judgment 16 February 2021, párrafo 132: «In the case of *Güzelyurtlu* and Others (cited above), the Court recently set out the principles concerning the existence of a “jurisdictional link” for the purposes of Article 1 of the Convention in cases where the death occurred outside the territory of the Contracting State in respect of which the procedural obligation under Article 2 of the Convention was said to arise».

³⁰ European Court of Human Rights, *Case of Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*, Judgment, 29 January 2019. En este asunto, el tribunal examina la demanda interpuesta por familiares de tres nacionales chipriotas que murieron a causa de los disparos en el área controlada por el Gobierno de Chipre. Tras los hechos, las autoridades chipriotas y turcas iniciaron las investigaciones, pero ambas quedaron paralizadas y las víctimas demandaron a los dos Estados por vulneración de la vertiente procesal del artículo 2.

obligación de investigar. Es decir, al criterio del control sobre el territorio y del control efectivo sobre las personas se añade el de la apertura de una investigación cuando la vulneración denunciada es de la vertiente procesal del artículo 2 del CEDH. Al referirse el tribunal al inicio de la investigación en virtud de su ordenamiento nacional nos dirige a los principios que rigen el ejercicio de jurisdicción extraterritorial. Sin embargo, sigue estando presente el criterio del control efectivo por parte del Estado, pues el hecho que puede vulnerar un derecho del CEDH es la investigación, que queda de manera automática bajo el control del Estado cuando este la inicia. De nuevo, el tribunal se decanta por exigir como vínculo un control *de facto* sobre el hecho potencialmente vulnerador del derecho que, en este caso, es la investigación iniciada por Turquía.

No obstante, el TEDH va un paso más allá e indica que, en el caso de que no se hubiera iniciado una investigación siguiendo lo dispuesto por las leyes nacionales, el Tribunal tendrá que determinar si se puede establecer un vínculo jurisdiccional en atención a algunas circunstancias especiales que lo permitan. Esto tiene sentido en tanto que lo determinante para que el Estado se vea vinculado por las obligaciones del CEDH es el control efectivo sobre la investigación y no tanto el ejercicio de jurisdicción extraterritorial como se entiende en el derecho internacional. En el caso en cuestión se cumplía el primer supuesto, pues las autoridades turcas habían iniciado una investigación penal, y también concurrían circunstancias especiales que, según el tribunal, hubieran bastado por sí solas para establecer ese vínculo jurisdiccional, que serían el control efectivo del norte de Chipre y la presencia de los sospechosos en territorio turco. Es evidente que en esta sentencia el TEDH concede más peso al control sobre la investigación —a la hora de determinar el vínculo jurisdiccional con las obligaciones procedimentales— que al control sobre el territorio que, en este caso, es considerado por el tribunal como un vínculo residual junto con el control de los investigados por encontrarse en territorio de su jurisdicción. Esto se explica, de nuevo, porque el hecho potencialmente vulnerador de derechos convencionales es la investigación de la muerte. Una vez concluido que Turquía había iniciado esa investigación, el vínculo con las obligaciones del CEDH queda claramente establecido.

A modo de conclusión de este repaso por la jurisprudencia del TEDH encontramos un enfoque general para establecer el vínculo jurisdiccional con el CEDH basado en el criterio del control efectivo sobre el territorio en el que ocurren los hechos o sobre la víctima de las vulneraciones. Para averiguar quién ejercía ese control en el caso de las operaciones multilaterales, a menudo deberá determinarse la atribución de la conducta en

cuestión. A este enfoque general le acompaña uno específico cuando se trata de determinar el vínculo con las obligaciones derivadas de la vertiente procesal del derecho a la vida. Según este, será suficiente que un Estado inicie una investigación relativa a una muerte producida en el extranjero para determinar que hay vínculo y, en el caso de que no haya iniciado la investigación, el TEDH podrá determinar si concurren características especiales que le permitan establecer el vínculo jurisdiccional con ese Estado³¹.

Este último criterio —el de las características especiales que permiten establecer un vínculo jurisdiccional con la vertiente procesal del artículo 2— plantea preguntas sobre su aplicación y sobre la lógica que sustenta el empleo de criterios dispares para determinar la jurisdicción estatal en función del derecho que se considera vulnerado. A esto se dedicarán los siguientes apartados.

3. EL CRITERIO DE LAS «CARACTERÍSTICAS ESPECIALES»

3.1. EL CONCEPTO DE «CARACTERÍSTICAS ESPECIALES»

Con el objetivo de entender qué circunstancias son susceptibles de ser consideradas especiales, trataremos de interpretar la aclaración que incluye el tribunal en la sentencia del asunto *Güzelyurtlu*:

«190. Where no investigation or proceedings have been instituted in a Contracting State, according to its domestic law, in respect of a death which has occurred outside its jurisdiction, the Court will have to determine whether a jurisdictional link can, in any event, be established for the procedural obligation imposed by Article 2 to come into effect in respect of that State. Although the procedural obligation under Article 2 will in principle only be triggered for the Contracting State under whose jurisdiction the deceased was to be found at the time of death, “special features” in a given case will justify departure from this approach, according to the principles developed in *Rantsev*, §§ 243-44. However, the Court does not consider that it has to define in abstracto which “special features” trigger the existence of a jurisdictional link in relation to the procedural obligation to investigate under Article 2,

³¹ Esta es la línea doctrinal afirmada por el tribunal en el asunto *Güzelyurtlu*. Véase: European Court of Human Rights, *Case of Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*, Judgment, 29 January 2019, párrafo 188 – 190.

since these features will necessarily depend on the particular circumstances of each case and may vary considerably from one case to the other³²».

Aunque el tribunal afirma que esas circunstancias varían en cada caso, la referencia a los principios desarrollados en el asunto *Rantsev* contra Chipre y Rusia³³ proporciona un lugar donde acudir para tratar de entender la lógica que subyace a las «características especiales» como excepción de la norma general del vínculo jurisdiccional con las obligaciones procesales. En el asunto *Rantsev*, los hechos relevantes son la muerte de una nacional rusa en territorio de Chipre. En los párrafos del asunto *Rantsev* a los que se refiere la sentencia de *Güzelyurtlu*³⁴, el tribunal indica que la obligación de asegurar una investigación efectiva corresponde al Estado en el que sucedió la muerte salvo que concurran circunstancias especiales que requieran alejarse de esa norma general. A continuación, el tribunal rechaza que la nacionalidad rusa del fallecido constituyera una circunstancia especial que atribuyera a Rusia la obligación de investigar la muerte en tanto que el artículo 2 del CEDH no obliga a los Estados parte a ejercer la jurisdicción universal con respecto de sus nacionales. Por último, indica que no había otras obligaciones autónomas que pesaran sobre las autoridades rusas bajo el artículo 2 del Convenio para investigar la muerte que provocó la demanda ante el TEDH y predica solo el vínculo jurisdiccional del Estado chipriota. De estos párrafos, interpretados en conjunto con el fallo de *Güzelyurtlu*, podemos deducir que las especiales características que pueden implicar un vínculo jurisdiccional —en relación con la vertiente procedimental del artículo 2— son la atribución de jurisdicción en virtud de normas ajenas al ordenamiento nacional del Estado en cuestión.

³² *Ibid*, párrafo 190.

³³ European Court of Human Rights, *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, Judgment, 7 January 2010.

³⁴ «243. The Court recalls that Ms Rantseva's death took place in Cyprus. Accordingly, unless it can be shown that there are special features in the present case which require a departure from the general approach, the obligation to ensure an effective official investigation applies to Cyprus alone (see, *mutatis mutandis*, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 38, ECHR 2001-XI). 244. As to the existence of special features, the applicant relies on the fact that Ms Rantseva was a Russian national. However, the Court does not consider that Article 2 requires member States' criminal laws to provide for universal jurisdiction in cases involving the death of one of their nationals. There are no other special features which would support the imposition of a duty on Russia to conduct its own investigation. Accordingly, the Court concludes that there was no free-standing obligation incumbent on the Russian authorities under Article 2 of the Convention to investigate Ms Rantseva's death».

Pocos años después de enunciar el criterio de las especiales características, el tribunal encontró una ocasión para poder aplicarlo y determinar el vínculo jurisdiccional. Se trata de la sentencia de la Gran Sala del TEDH, de 16 de febrero de 2021, en el asunto Hanan contra Alemania³⁵. La demanda ante el tribunal la presentó Hanan, padre de dos fallecidos en un ataque aéreo del ejército alemán sobre Kunduz (Afganistán). El hecho que da lugar a la demanda es el ataque aéreo sobre territorio afgano, producido el 4 de septiembre de 2009, ordenado por un coronel del Ejército alemán participante en la *International Security Assistance Force* (Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad, ISAF), la coalición militar internacional comandada por la OTAN y establecida por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas con el fin de asistir a la Autoridad Provisional de Afganistán en el mantenimiento de la seguridad. El ataque ocasionó la muerte de varios civiles entre los cuales se encontraban dos hijos del demandante, Hanan.

La aplicación de este criterio para establecer el vínculo jurisdiccional es la responsable de que, ante unos hechos equiparables a aquellos que dieron lugar al asunto Bankovic —es decir, un ataque aéreo como único «ejercicio de jurisdicción»—, el TEDH fallara observando un vínculo jurisdiccional con el Convenio que desplegaba para Alemania las obligaciones positivas derivadas de la vertiente procedimental del derecho a la vida. Desde el año 2001 hasta el año 2021 el TEDH no había tenido que determinar el vínculo jurisdiccional en el contexto de un ataque aéreo fuera del espacio jurídico de la CEDH. Es por eso por lo que la construcción que el TEDH va realizando sobre la aplicación extraterritorial del CEDH —de forma paulatina y propiciada en gran medida por las operaciones militares multilaterales— se ve especialmente desafiada cuando la demanda del Hanan llega al tribunal. No obstante, no puede afirmarse que, en este asunto de Hanan contra Alemania, el TEDH abandone los criterios asumidos en Bankovic porque las demandas de Bankovic y Hanan difieren en un aspecto fundamental: la vertiente del derecho que se considera vulnerado. El fundamento de la demanda de Hanan es la falta de acceso al recurso, es decir, la vulneración la vertiente procesal del derecho a la vida. En Bankovic contra Bélgica se interpuso una demanda contra los Estados por participar en el bombardeo que resultó en la muerte de los familiares de los demandantes. La afirmación de que los derechos del CEDH pueden ser divididos cobra aquí una mayor relevancia, pues la división se produce en el seno

³⁵ European Court of Human Rights, *Case of Hanan v. Germany*, Judgment, 16 February 2021.

del mismo derecho y supone la aplicación de un criterio que conduce a un resultado distinto.

En este asunto, tras el ataque aéreo la Fiscalía alemana inició una investigación acerca de lo ocurrido y, al considerar que no había indicios de responsabilidad penal, decidió suspenderla. El demandante alegó que el Estado alemán no había desarrollado una investigación efectiva del ataque aéreo y que él no dispuso de un recurso efectivo frente a la decisión de la Fiscalía alemana de dar por finalizada la investigación. El Gobierno alemán articuló su respuesta aduciendo la falta de competencia del TEDH *ratione loci* —pues los militares alemanes participaban en una operación multinacional en el extranjero bajo un mando único— y *ratione materiae* —al ser unos hechos que no se encontraban bajo la jurisdicción alemana, en el sentido del artículo 1 del CEDH—.

El TEDH indicó expresamente que no iba a valorar el hecho sustantivo que habría dado lugar al deber de investigar y, por lo tanto, no tiene que analizar si hay vínculos jurisdiccionales en relación con la obligación sustantiva del artículo 2 puesto que el establecimiento del vínculo en relación con la vertiente procedimental no implica que exista también en relación con el contenido sustantivo. Por último, el tribunal determinó que existe el vínculo jurisdiccional en atención a las especiales características del asunto —ese criterio ya enunciado, pero no aplicado, en *Güzelyurtlu*— y señaló que son las siguientes:

- la obligación de investigar vigente en el derecho internacional humanitario de carácter consuetudinario;
- la atribución exclusiva de jurisdicción al Estado alemán sobre sus tropas en virtud del acuerdo militar técnico entre las ISAF y Afganistán; y
- la obligación de investigar presente en el ordenamiento nacional por no poder hacerlo otra jurisdicción.

La primera característica especial hace referencia al criterio de *Güzelyurtlu* y *Rantsev*, es decir, a la existencia de obligaciones de investigar la muerte, distintas a las nacionales, que pesan sobre el Estado. La segunda característica —la atribución exclusiva de jurisdicción al Estado alemán sobre sus tropas en virtud del acuerdo militar técnico entre las ISAF y Afganistán— es en realidad una disposición común en los acuerdos sobre el estatus de las Fuerzas Armadas vigentes en las misiones y operaciones militares en el extranjero y, de hecho, figura en el modelo de Status of Forces Agreement (SOFA) para las operaciones de mantenimiento de la paz

elaborado por la Asamblea General de Naciones Unidas³⁶. No es en absoluto una característica exclusiva del acuerdo vigente en esta operación. En todo caso, no deja de ser una obligación autónoma, no nacional, que pesa sobre el Estado para investigar la muerte, por lo que seguiríamos comprendiendo la determinación del vínculo jurisdiccional según la doctrina de las especiales características.

Es la tercera característica la que llama particularmente la atención: la obligación de investigar que está presente en el ordenamiento nacional por no poder hacerlo otra jurisdicción. El motivo de la sorpresa ante el señalamiento de esta circunstancia es que el tribunal se refiere a una obligación de investigar que está presente en el ordenamiento alemán, pero no parece suficiente, a ojos del TEDH, para entender que el inicio de la investigación por parte de Alemania bastaba para determinar el vínculo con las obligaciones del CEDH, como sí ocurrió en *Güzelyurtlu*.

Lamentablemente, en la sentencia no se menciona el motivo de fondo que hace a las circunstancias de Hanan merecedoras de una vía distinta para establecer el vínculo jurisdiccional, ni tampoco en qué circunstancias es entonces esperable que el TEDH aplique los criterios establecidos en *Güzelyurtlu*. A continuación, trataremos de dar respuesta a estos interrogantes.

3.2. ¿POR QUÉ EMPLEA EL TEDH EL CRITERIO DE LAS «CARACTERÍSTICAS ESPECIALES» EN EL ASUNTO HANAN CONTRA ALEMANIA?

Como indicábamos, en Hanan contra Alemania las autoridades alemanas sí habían iniciado investigaciones penales sobre el ataque aéreo de Kunduz, por lo que podría esperarse que el TEDH aplicara el mismo criterio que en el asunto *Güzelyurtlu*. Ante esa posibilidad, el Gobierno alemán alegó que el criterio del que se sirvió el TEDH en el asunto *Güzelyurtlu* para determinar el vínculo jurisdiccional estaba orientado a decidir cuál de los dos Estados parte en el CEDH ostentaba la jurisdicción, con el fin de asegurar el cumplimiento de la protección de derechos humanos y de no permitir la impunidad dentro del propio espacio del sistema regional de

³⁶ Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, *Modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para las operaciones de mantenimiento de la paz*, 9 de octubre de 1990, A/45/594, párrafo 47 b). También está presente en el SOFA de la Unión Europea, que se basa —a su vez— en el SOFA de la OTAN. Véase: SARI, A. (2009), *The European Union Status of Forces Agreement (EU SOFA)*, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 13, no. 3, pp. 353-391.

protección. Por esa razón, de acuerdo con el Gobierno alemán ese criterio no es aplicable en el contexto de Hanan, donde la determinación del vínculo jurisdiccional del CEDH no estaría dirigida a impedir la impunidad en tanto que Alemania ya estaba obligada a investigar en virtud del DIH y de su ordenamiento nacional. En todo caso, Alemania no inicia su investigación en ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, por lo que no puede predicarse el vínculo jurisdiccional requerido por el artículo 1 del CEDH.

El TEDH acaba afirmando la existencia del vínculo jurisdiccional con base en el criterio de las características especiales y desplazando el criterio del inicio de la investigación de acuerdo con el ordenamiento interno. Sin embargo, también el criterio principal podría aplicarse, puesto que es la norma alemana la que obliga a investigar posibles crímenes de guerra (cuando no puede hacerlo otra jurisdicción), por lo que el inicio de la investigación por parte de la Fiscalía se hizo en virtud del ordenamiento nacional.

La explicación del TEDH de por qué elige la vía de las «características especiales» para establecer el vínculo jurisdiccional no es muy clara. Aumenta la confusión cuando, aun sin confirmar el argumento central del Gobierno alemán, añade que también ha tenido en cuenta su apreciación de que el criterio del establecimiento de una investigación judicial para determinar el vínculo jurisdiccional —aplicado en exclusiva— desincentivaría a los Estados a iniciar investigaciones y ampliaría excesivamente el ámbito de aplicación de la Convención³⁷. La sentencia sí indica que no había control efectivo del Estado alemán sobre el territorio de Kunduz y que tampoco cabía considerar como ejercicio de autoridad y control por parte de agentes estatales el ataque aéreo por tratarse de un acto extraterritorial instantáneo. No obstante, el TEDH añade que esto no implica impunidad del Estado ante esos actos en tanto que se mantenía su obligación de cumplir con el DIH (que obliga a investigar)³⁸. Acto seguido, pasa a explicar por qué tampoco puede basarse en el criterio de la incoación de una investigación para proclamar el vínculo jurisdiccional con el CEDH. Llegado a este punto, el tribunal explica que ese criterio está sostenido por la lógica de que la especial naturaleza del CEDH como un tratado de garantía colectiva de los derechos humanos conlleva la prevención de cualquier vacío dentro de este sistema regional, que debe asumirse por alguno de los Estados parte involucrados³⁹. Continúa indicando que entre el asunto *Güzelyurtlu*

³⁷ European Court of Human Rights, *Hanan v. Germany*, párrafo 135.

³⁸ *Ibid*, párrafo 107.

³⁹ *Ibid*, párrafo 108.

y este se observan «diferencias significativas» y, dadas las circunstancias de Hanan, para el tribunal no basta con que el Estado parte iniciara una investigación para establecer el vínculo jurisdiccional⁴⁰.

Esas diferencias significativas son las propias del contexto del caso que se trata en Hanan, a saber, una operación militar extraterritorial bajo del mandato de Naciones Unidas y fuera del territorio de los Estados parte del CEDH. Ambas diferencias van a ser analizadas a continuación.

3.3. LAS DIFERENCIAS SIGNIFICATIVAS ENTRE HANAN Y GÜZELYURTLU

3.3.1. Una operación militar extraterritorial bajo el mandato de la ONU

La primera de las circunstancias señaladas por el tribunal como una de las diferencias que impide aplicar los criterios de Güzelyurtlu es que las muertes ocurrieron en el contexto de una operación militar extraterritorial dentro del mandato de Naciones Unidas. Esta afirmación provoca rápidamente las siguientes preguntas: ¿es relevante que la actuación del Estado tenga lugar en el marco de una operación militar multilateral para establecer el vínculo jurisdiccional? Por tanto, ¿sigue el TEDH los mismos criterios que empleó en los asuntos anteriores relativos a operaciones multilaterales bajo el mandato de la ONU?

La primera pregunta nos dirige a concluir que para el tribunal sí es decisivo que la conducta se enmarque en una operación multilateral porque eso implica que deberá resolver la atribución de la conducta extraterritorial para determinar el vínculo jurisdiccional en tanto que esta ha podido obedecer a una autoridad distinta de la del Estado al que pertenecen los agentes. Como ya hemos visto en los asuntos analizados en el apartado anterior, si el Estado demandado estaba participando en una operación militar multilateral, el TEDH deberá establecer quién ha tomado las decisiones que causaron los hechos que puedan activar las obligaciones estatales que prescribe el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como hemos indicado, en algunos asuntos previos a Hanan el tribunal ya había unido la determinación del vínculo jurisdiccional con la atribución de la responsabilidad. Es cierto que se trata de dos cuestiones distintas y, de hecho, la determinación del vínculo jurisdiccional precede necesariamente al examen de la atribución de la conducta al Estado, pues esto solo

⁴⁰ *Ibid*, párrafo 135.

interesaría al TEDH si esa conducta pudiera constituir una vulneración del CEDH. En el asunto *Loizidou* contra Turquía, el primero que fue analizado en este trabajo, el tribunal quiso enfatizar que, en ese estadio previo que constituyen las objeciones preliminares, no procedía examinar si Turquía era efectivamente responsable de una vulneración de la CEDH por los hechos reflejados en la demanda, sino que solo debía determinar si estos habían ocurrido bajo la jurisdicción de Turquía⁴¹.

Aunque la determinación de la jurisdicción y la atribución de la conducta al Estado constituyan dos cuestiones distintas, la realidad es que en el caso de operaciones extraterritoriales tiene sentido referirse a la atribución de la conducta, pues no sería lógico determinar que operan las obligaciones del CEDH cuando nos encontramos fuera del territorio de los Estados parte y que el Estado (o los Estados) parte que participan en la operación no tienen el control sobre ella. Lo sorprendente es que en el asunto *Bankovic* no analizó si la conducta era atribuible a los Estados demandados. En los demás relativos a operaciones multilaterales sí lo analiza en mayor o menor medida⁴².

Sin embargo, en el caso de *Hanan* contra Alemania el hecho que activa las obligaciones del Convenio no es el ataque aéreo, en el que podrían haber participado distintas autoridades, sino la investigación de las muertes producidas. Siendo así, no es relevante el análisis de la autoridad que dio la orden de llevar a cabo el ataque, sino la determinación de quién ostenta la jurisdicción para investigar los hechos de entre todos los participantes.

3.3.2. Fuera del espacio jurídico del CEDH

¿La diferencia fundamental con el asunto *Güzelyurtlu* radica en encontrarse dentro o fuera del «espacio jurídico» del CEDH? ¿Por qué importan la atribución exclusiva de la jurisdicción en el acuerdo militar y la obliga-

⁴¹ European Court of Human Rights, *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Judgment, 25 March 1995, párrafo 61.

⁴² En *Al-Skeini*, el TEDH se refiere a la atribución de la conducta, aunque no entra a determinarla porque el Gobierno demandado no había planteado esa excepción en los procedimientos internos y el TEDH quiso subrayar que es un órgano subsidiario. En el asunto de *Al-Jedda* sí determina que las autoridades de Reino Unido, no la ONU, habían ejercido un control efectivo sobre la operación militar en el sur de Irak; en *Jaloud* contra Países Bajos, el tribunal también se refiere a la atribución de la conducta de los agentes que dispararon en el control de seguridad para determinar el vínculo jurisdiccional con los Países Bajos.

ción nacional de investigar si no bastan para que una investigación iniciada en virtud de ellas sea suficiente para determinar el vínculo jurisdiccional?

En el asunto *Bankovic*, el TEDH indicó de forma explícita que la jurisdicción extraterritorial basada en el control efectivo del territorio solo podía predicarse dentro del «espacio jurídico» del CEDH, es decir, únicamente cabría determinar la jurisdicción extraterritorial cuando el control efectivo se ejerciera sobre el territorio de otro Estado parte⁴³. En *Loizidou* había determinado el control extraterritorial efectivo, pero también dentro del espacio jurídico del CEDH.

En *Hanan contra Alemania*, de las dos diferencias significativas que observa el tribunal con respecto a *Güzelyurtlu* se puede entender —aunque el TEDH no lo explicita— que la referencia a que los hechos de *Hanan* ocurrieran fuera del territorio de los Estados parte confirma la intuición del Gobierno alemán de que el criterio adoptado por el TEDH en *Güzelyurtlu* servía para determinar de cuál de los dos Estados parte del CEDH y de la disputa podía predicarse el vínculo jurisdiccional y evitar la impunidad dentro del espacio jurídico del CEDH, pero en *Hanan* no es así. ¿Hay alguna diferencia en la determinación del vínculo jurisdiccional cuando los hechos han ocurrido dentro del espacio jurídico del CEDH y en hacerlo cuando no es así?

A mi entender, si la hay y, aunque no está explicado de forma explícita por el TEDH, las breves referencias a esta cuestión presentes en muchas de sus sentencias nos permiten bosquejar una teoría:

Las vías para determinar la jurisdicción *ratione loci* extraterritorial en su sentido amplio (abarcando todas las obligaciones derivadas de los derechos reconocidos en el Convenio y los protocolos de los que el Estado

⁴³ Es pertinente recoger el párrafo completo de la decisión: «It is true that, in its above-cited *Cyprus v. Turkey* judgment (at § 78), the Court was conscious of the need to avoid “a regrettable vacuum in the system of human-rights protection” in northern Cyprus. However, and as noted by the Governments, that comment related to an entirely different situation to the present: the inhabitants of northern Cyprus would have found themselves excluded from the benefits of the Convention safeguards and system which they had previously enjoyed, by Turkey’s “effective control” of the territory and by the accompanying inability of the Cypriot Government, as a Contracting State, to fulfil the obligations it had undertaken under the Convention. In short, the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space (espace juridique) of the Contracting States. The FRY clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States. Accordingly, the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights’ protection has so far been relied on by the Court in favour of establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention». Véase: ECHR, *Case of Bankovic and others v. Belgium and others*, Decision, 12 December 2001, párrafo 80.

demandado sea parte) operan en el espacio jurídico de la Convención. Por lo tanto, servirán de aplicación cuando los hechos en cuestión se hayan producido en el territorio de un Estado parte, aunque pueda determinarse que han sido resultado del ejercicio de jurisdicción por otro Estado parte.

Cuando los hechos en cuestión hayan tenido lugar fuera del espacio jurídico de la Convención, es decir, en el territorio de un Estado que no sea parte del CEDH, es posible que las autoridades del Estado parte hayan ejercido control y autoridad sobre las víctimas de esos hechos. En este caso, se despliegan para el Estado parte todas las obligaciones derivadas de los derechos que sean relevantes en esa situación para esos individuos.

Si se produce una muerte en el territorio de un tercer Estado y un Estado parte está obligado a investigar esa muerte, esa obligación activa la vertiente procesal del artículo 2 del CEDH. Se aplicarán las obligaciones procesales del artículo 2 si el Estado ha iniciado la investigación en virtud del ordenamiento nacional o, acudiendo a un criterio residual, si el asunto reviste unas características especiales. En este caso, la clave es determinar que existe una obligación de investigar y no la aplicación extraterritorial del CEDH.

Las referencias en las que se basa este esquema son las que se van a mostrar a continuación. En la sentencia en el asunto *Al-Skeini* y otros contra Reino Unido, entre otras, el TEDH indica que el control efectivo sobre un territorio fuera de su soberanía es una cuestión de hecho. Para determinar si existe ese control, el tribunal tendrá que analizar la fuerza de la presencia militar, el apoyo económico y político a la Administración local bajo su control, etc.⁴⁴. Señala que, cuando un Estado parte de la CEDH es ocupado por las fuerzas armadas de otro (también parte), será responsable el que se ocupa de la salvaguarda de todos los derechos de la Convención para evitar el vacío de protección dentro del espacio jurídico de la Convención. Sin embargo, el tribunal indica que esto no implica que no pueda existir jurisdicción —en el sentido del artículo 1 CEDH— fuera del territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa⁴⁵. Debemos destacar que se refiere a una jurisdicción distinta de la propia del control efectivo del territorio. De hecho, indica que no cabe duda de que, allí donde el Estado, a través de sus agentes, ejerce control y autoridad sobre un individuo, está ejerciendo jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH

⁴⁴ European Court of Human Rights, *Case of Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Judgment, 7 July 2011, párrafo 140.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 142.

y, por tanto, debe garantizar a ese individuo los derechos y libertades que estén en juego en esa situación⁴⁶.

Como decíamos, en el asunto Hanan contra Alemania, el TEDH indica que la obligación de investigar que impone el DIH y la circunstancia de tener atribuida en exclusividad la jurisdicción sobre sus tropas son las responsables del vínculo jurisdiccional⁴⁷. Aunque no lo explicita, se puede entender que el TEDH coincide con el argumento del Gobierno alemán en que el criterio del inicio de la investigación como vínculo jurisdiccional solo es válido ante un conflicto entre Estados parte. Sin embargo, podría haberse guiado por el sustrato de ese criterio —si el ordenamiento interno obliga a un Estado a investigar, y lo hace, eso basta para tener que hacerlo de acuerdo con las garantías del Convenio— y aplicarlo en este caso. No obstante, cuando los hechos se han producido fuera del espacio jurídico del CEDH quiere añadir un requisito más para extender las obligaciones de la vertiente procedimental del derecho a la vida: la atribución en exclusiva de la jurisdicción. Esta opción puede parecer restrictiva en cuanto a la aplicación de las obligaciones convencionales, pero despliega unas consecuencias que desmontan esta apariencia.

3.4. ¿Y SI ALEMANIA NO HUBIERA INICIADO UNA INVESTIGACIÓN?

Es precisamente la opción de declarar el vínculo jurisdiccional con el CEDH por la vía de las características especiales la que abre la puerta a demandar a aquellos Estados que, aun siendo los únicos con jurisdicción sobre las tropas, no inicien investigaciones sobre las muertes producidas por ellos. Si hubiera optado por aplicar el mismo criterio del inicio de la investigación de acuerdo con las normas nacionales no habría abierto la puerta a declarar la obligación convencional de investigar de forma efectiva los fallecimientos, sino que se hubiera limitado a afirmar que esa obligación convencional rige siempre que el Estado deba investigar de acuerdo con su ordenamiento.

Con esta construcción, el TEDH estaría declarando (aunque no explícitamente) la obligación procedimental de investigar los hechos relativos a las muertes producidas en el desarrollo de las operaciones militares de los

⁴⁶ Indica aquí que, en este sentido, los derechos de la Convención pueden ser ajustados a medida. Véase: European Court of Human Rights, *Case of Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Judgment, 7 July 2011, párrafo 137.

⁴⁷ En todo caso, todas esas circunstancias son comunes y suelen coincidir cuando cualquier Estado parte en el CEDH participa en alguna operación militar en el extranjero.

Estados parte en el extranjero siempre que el acuerdo sobre el estatus de sus tropas indique la jurisdicción exclusiva del Estado que envía. De esta forma, el TEDH habilita una vía a las víctimas de las violaciones serias de derecho internacional humanitario y a sus familiares para que puedan reclamar ante el TEDH que los Estados parte investiguen los hechos relativos a esas violaciones. De alguna manera se erige en una instancia de revisión del cumplimiento de obligaciones internacionales distintas de las propias del CEDH con el fin de evitar la impunidad de los Estados parte.

Por eso, el tribunal justifica que el artículo del acuerdo entre Afganistán y las ISAF que atribuye la jurisdicción exclusiva al Estado que envía no es solo una norma de inmunidad, sino de jurisdicción —en el sentido del artículo 1 del CEDH⁴⁸— en tanto que, si Alemania no investigara, el resultado sería la impunidad⁴⁹.

Aunque el CEDH no es un tratado cuyo fin sea evitar la impunidad por los posibles crímenes de guerra, el tribunal se sirve de varias normas —nacionales e internacionales— que sí están encaminadas a evitar la impunidad y las aplica de forma conjunta para afirmar que, siempre que un Estado parte esté obligado a investigar una muerte, se desplegará también la vertiente procedimental del artículo 2 del CEDH. Es una interpretación que busca maximizar la efectividad de los derechos en todo caso: si el Estado parte investiga (ya sea porque lo hace en virtud de su ordenamiento o porque sus compromisos internacionales le obligan), debe hacerlo de acuerdo con los requisitos del artículo 2 en su vertiente procesal, y si no lo hace y tiene atribuida la jurisdicción de forma exclusiva —algo común en los SOFAs—, la vertiente procedimental del artículo 2 obliga al Estado a hacerlo, sin perjuicio de que al evaluar las condiciones de la investigación se tengan en cuenta las difíciles condiciones para llevarla a cabo.

¿Cabría entonces ampliar más la comprensión de las «características especiales» y considerar que hay vínculo jurisdiccional incluso cuando el SOFA no atribuye en exclusiva la jurisdicción al Estado parte del CEDH? En mi opinión, si la lógica es evitar que los Estados parte favorezcan la impunidad, el TEDH podría considerar que hay vínculo jurisdiccional siempre que un Estado parte tuviera atribuida la jurisdicción y no hubiera otro Estado que la hubiera ejercido, es decir, siempre que el Estado parte tuviera un control sobre la eventual investigación.

⁴⁸ Aunque el Gobierno alemán alega que se trata de una cláusula de inmunidad, de exclusión de la jurisdicción afgana.

⁴⁹ Ciertamente que si siquiera la CPI podría solicitar la entrega del investigado en cumplimiento de lo previsto por el 98.2 del Estatuto de Roma.

4. EL PUZLE CASI COMPLETO EN EL ASUNTO UCRANIA Y PAÍSES BAJOS CONTRA RUSIA

4.1. LOS PRINCIPIOS GENERALES

En la muy reciente decisión del asunto Ucrania y Países Bajos contra Rusia⁵⁰, la Gran Sala del TEDH decidió exponer de forma completa la doctrina que ha elaborado hasta ahora sobre el vínculo jurisdiccional en el sentido del artículo 1 del CEDH. En primer lugar, señala que, si bien el examen de las cuestiones de atribución y responsabilidad del Estado demandado pertenece a la fase del fondo de los asuntos, en este estadio sobre la admisibilidad se recurre en ocasiones a criterios similares. Acto seguido empieza el recorrido por los principios generales aplicables en la determinación del vínculo jurisdiccional⁵¹.

El tribunal parte de que las palabras «las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I⁵²» implican dos presunciones: que el Estado ejerce su jurisdicción en su territorio y que no lo hace fuera de él. Sin embargo, ambas presunciones son discutidas en circunstancias excepcionales. Cabe la posibilidad de que un Estado no pueda ejercer su autoridad en parte de su territorio a causa de la ocupación militar por las Fuerzas Armadas de otro Estado, una rebelión separatista, etc. En estos casos, el Estado al que pertenece el territorio mantendría el deber residual de llevar a cabo todas las medidas apropiadas para cumplir con sus obligaciones positivas, entre las que se encuentra la de restablecer el control sobre el territorio en cuestión. Para determinar el vínculo jurisdiccional en estos casos deberá distinguirse la fase activa de las hostilidades (en las que solo se podrá establecer el vínculo jurisdiccional con la obligación procedimental del derecho a la vida) de las demás no activas (en las que sí podría determinarse un control efectivo o un ejercicio de autoridad sobre los individuos y puede establecerse el vínculo con respecto del resto de derechos sustantivos). También es necesario comentar que la exclusión de la fase activa de las hostilidades del ámbito de aplicación del CEDH no parece del todo coherente con el criterio constante del control del Estado, pero la cuestión excede la extensión de este trabajo.

⁵⁰ European Court of Human Rights, *Case of Ukraine and the Netherlands v. Russia*, Decision, 30 November 2022 (Applications nos. 8019/16 and 28525/20).

⁵¹ *Ibid*, párrafo 553 y ss.

⁵² Artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

De igual modo, el tribunal, manteniendo constante su doctrina, explica que, en circunstancias excepcionales, un Estado puede ejercer su jurisdicción —en el sentido del artículo 1 del CEDH— fuera de su territorio, también en el contexto de un conflicto armado internacional. La Gran Sala explica que los dos criterios principales para evaluar si el Estado estaba ejerciendo su jurisdicción extraterritorialmente son el control efectivo del Estado sobre esa parte del territorio y el ejercicio de autoridad por parte de un agente del Estado sobre los individuos. Además, en relación con la vertiente procedimental del derecho a la vida puede establecerse el vínculo jurisdiccional de acuerdo con otros criterios en atención a las circunstancias del caso.

4.2. EL VÍNCULO JURISDICCIONAL PARA CADA OBLIGACIÓN ESTATAL

En la aplicación de los principios a los hechos que fundamentan las demandas de Ucrania y los Países Bajos, el TEDH determina distintos vínculos jurisdiccionales para cada vulneración alegada y confirma que los derechos del CEDH pueden ser divididos y adaptados. En este ejercicio de disección de un asunto relativo a un conflicto armado, entiende que lo primero que debe hacer el tribunal es identificar si los hechos que sustentan la demanda se refieren a operaciones militares que tuvieron lugar durante la fase activa de las hostilidades⁵³. Como en este caso parece que gran parte de los hechos en cuestión no se produjeron en esa fase, el tribunal procede a evaluar si la Federación Rusa ejerció jurisdicción extraterritorial en los territorios del este de Ucrania sin perjuicio de que después observe si hubo hechos que no se produjeron bajo su jurisdicción como podrían ser los ocurridos en operaciones militares desarrolladas durante la fase activa de las hostilidades.

Para determinar si la Federación Rusa ejerció jurisdicción extraterritorial, el tribunal analiza primero si hubo un control efectivo del territorio⁵⁴ y acaba concluyendo que considera establecido, más allá de toda duda razonable, que la Federación Rusa ejerció un control efectivo sobre las partes del Donbás controladas por las administraciones y los grupos arma-

⁵³ El TEDH entiende por ello una confrontación armada entre fuerzas armadas enemigas que buscan tomar el control de una zona en un contexto de caos. Véase: *Ibid*, párrafo 576.

⁵⁴ Para ello, analiza la presencia militar de la Federación Rusa en esos territorios, el apoyo militar a los separatistas (tanto en lo que se refiere a estrategia militar como a provisión de armamento, colaborando en su entrenamiento o con fuego de artillería) y el apoyo político y económico. Véase: *Ibid*, párrafo 576-697.

dos separatistas y, por tanto, los actos y omisiones de los separatistas son atribuibles a la Federación Rusa⁵⁵.

Con respecto al resto de zonas fuera del territorio controlado efectivamente por la Federación Rusa, donde se habían producido daños personales y materiales a causa de ataques militares ilícitos y prácticas administrativas contrarias al derecho a la vida y a la propiedad privada, el TEDH trata de determinar si el Estado demandado había ejercido jurisdicción a través de los agentes del Estado. Sin embargo, entiende que determinar el control y la autoridad de los agentes del Estado con respecto a los ataques de artillería requiere un análisis cuidadoso que logre resolver si se produjeron en una fase activa de las hostilidades o no. Por tanto, estima que su estrecha relación con el fondo de la demanda amerita un estudio conjunto de ambas cuestiones en la siguiente fase del procedimiento⁵⁶.

No obstante, el TEDH sí cree que tiene elementos suficientes para poder establecer la jurisdicción con respecto al lanzamiento del misil que abatió el avión de Malasyan Airlines MH17. La Corte considera demostrado⁵⁷ que el misil fue suministrado por la Federación Rusa, que se lanzó desde territorio separatista —bajo el control efectivo de Rusia— y que el impacto se produjo también en ese territorio, por lo que está bajo la jurisdicción de la Federación Rusa.

4.3. EL «ESPACIO JURÍDICO» DEL CEDH: UN ELEMENTO DETERMINANTE PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL VÍNCULO JURISDICCIONAL

En la decisión de 2022, el TEDH también incluye una referencia al espacio jurídico del Convenio. El tribunal defiende que nunca ha dicho que solo pueda haber un control extraterritorial efectivo de un Estado si ese territorio pertenece a otro Estado parte, pero esa parece la lógica que subyace a la explicación de que solo así —obligando al Estado que ejerce el control al cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas derivadas de los derechos del Convenio— se evitaría la desprotección de quienes antes sí estaban cubiertos por el CEDH. Además, el tribunal añade que, hasta la fecha, nunca ha encontrado jurisdicción extraterritorial *ratione loci* sobre

⁵⁵ *Ibid*, párrafo 697.

⁵⁶ *Ibid*, párrafo 699.

⁵⁷ Gracias a la gran tarea investigadora del equipo conjunto de investigación fruto del acuerdo entre Países Bajos, Bélgica, Australia y Ucrania celebrado para ese fin.

un territorio fuera de la soberanía de los Estados miembros del Consejo de Europa⁵⁸.

Por desgracia, el TEDH no va más allá y no aclara expresamente si es imposible encontrar jurisdicción extraterritorial *ratione loci* fuera del espacio jurídico de la Convención, aunque es lo que parece. Haciendo un ejercicio de hipótesis abstracta, la pregunta que nos hacemos es: si se ejerciera un control efectivo en un territorio fuera del espacio jurídico de la CEDH —como el que el TEDH ha afirmado en ocasiones respecto de territorios de otros Estados parte, sin ir más lejos en este asunto, en el que entiende que Rusia ejerció control efectivo sobre Donetsk y Lugansk—, ¿no podría considerarse que el Estado parte estaría obligado también a cumplir con todas las obligaciones derivadas del CEDH allí donde ejerce un control asimilable al que ejerce en el territorio de su soberanía?

A mi entender, la respuesta sería negativa por lo que voy a explicar a continuación. El TEDH considera el criterio del control efectivo como la base de la jurisdicción *ratione loci* porque sería contrario al fin del CEDH de que la población de un territorio se viera privada de las garantías que ofrece a causa de las acciones de otro Estado parte que controla de forma efectiva ese territorio y que ya estaba sujeto a las obligaciones del Convenio, aunque los sujetos que pudieran reclamar su cumplimiento fueran otros. En cambio, el control efectivo de un territorio fuera del espacio jurídico del CEDH no puede ser suficiente para desplegar sobre él todo el aparato institucional que requiere el respeto a los derechos y libertades que reconoce y a las obligaciones positivas derivadas de él. Se entiende que el control efectivo del territorio del que habla el TEDH se refiere a la presencia militar o al apoyo decisivo a administraciones separatistas o rebeldes, pero no a la incorporación de ese territorio como una demarcación más de los territorios del Estado. Por supuesto, cabría exigir a ese Estado algunas de las obligaciones convencionales. De hecho, deben exigirse todas aquellas obligaciones negativas y positivas que surjan de la relación de las autoridades estatales que ejercen el control efectivo con las personas sometidas a su control.

⁵⁸ European Court of Human Rights, *Case of Ukraine and the Netherlands v. Russia*, Decision, 30 November 2022 (Applications nos. 8019/16 and 28525/20), párrafo 562-563.

5. CONCLUSIONES

A raíz de la evolución de la jurisprudencia del TEDH durante estas décadas es posible bosquejar el esquema de aplicación extraterritorial del CEDH y la lógica que sigue a cada situación. A diferencia de lo que en ocasiones ha afirmado la doctrina, no se trata de que el tribunal haya oscilado entre distintos modelos de aplicación extraterritorial (entiéndase por ello las interpretaciones de que, en un primer lugar, el TEDH optó por un modelo fuertemente territorial para, más adelante, decantarse por el modelo de jurisdicción personal). Por el contrario, el tribunal sigue una lógica distinta dependiendo de cómo haya sido la actuación del Estado parte fuera de su territorio.

De esta manera, cuando el tribunal observa que un Estado parte controla de forma efectiva un territorio que pertenece a otro Estado parte en el CEDH —en el que, por lo tanto, se encuentran titulares de los derechos reconocidos en el Convenio— lo que cambia es la parte en la que recae la obligación de garantizarlos en su totalidad. Si el Estado parte, fuera de su territorio, ejerce autoridad o control sobre las personas —aunque no se pueda afirmar que controla el territorio en el que ha actuado—, no puede permitírsele que se libere de sus obligaciones convencionales por el hecho de actuar fuera de sus fronteras. Por tanto, pesarán sobre el Estado las obligaciones que se deriven de los derechos que puedan verse afectados en la relación con ese o esos particulares. Este razonamiento no es contrario a la afirmación de que el CEDH es un instrumento regional, pues lo es en tanto que los obligados son los Estados miembros del Consejo de Europa, con independencia de los que —a raíz del ejercicio de jurisdicción por parte de estos Estados— se convierten en titulares de los derechos convencionales. Por último, aun cuando un Estado parte no ejerza control sobre el territorio ni sobre las personas, es posible que su actuación extraterritorial convierta a algunos individuos en titulares de los derechos convencionales a la vida y a no sufrir torturas, en su vertiente procesal, en tanto que la investigación dependa del Estado.

Los derechos que se derivan de la vertiente procesal del derecho a la vida tienen, sin duda, un alcance mucho mayor que el resto tanto en lo que relativo a la aplicación temporal como a la espacial. Desde el año 2009, el TEDH ha venido afirmando que la obligación estatal de investigar de manera efectiva una muerte es independiente y puede exigirse con respecto de

hechos ocurridos incluso antes de la entrada en vigor del CEDH⁵⁹. De igual modo, en los últimos años se ha afirmado que el CEDH obliga a investigar de forma efectiva las muertes producidas fuera del territorio de los Estados parte —fuera del espacio jurídico de la convención— siempre que pesara sobre ellos alguna obligación de carácter nacional o internacional en este sentido.

Es en este punto en el que el TEDH aún puede considerar como circunstancias especiales otras distintas de las señaladas en sus pronunciamientos hasta la fecha y aunque, en ese sentido, el puzzle de la aplicación extraterritorial del CEDH no está totalmente terminado, podemos intuir cómo son las posibles piezas que faltan a la vista de la sentencia Hanan contra Alemania. El establecimiento del vínculo jurisdiccional en este asunto podría haberse realizado de otra forma (empleando el criterio del asunto Güzelyurtlu, es decir, el inicio de una investigación de acuerdo con lo dispuesto por el ordenamiento interno). No era imprescindible recurrir al criterio de las «circunstancias especiales», que no deja de ser un criterio residual. Por ello interpretamos que el TEDH elige el criterio residual para declarar que, en los casos en los que los Estados parte estén obligados a investigar posibles crímenes de guerra por su ordenamiento interno y de acuerdo con el DIH y, además, tengan atribuida en exclusiva la jurisdicción sobre sus tropas, se encuentran también sujetos a la obligación de investigar las muertes de acuerdo con el CEDH. De ello se sigue que el CEDH reconozca el derecho a obtener una investigación efectiva siempre que el Estado que deba investigar —de acuerdo con cualquier norma— sea un Estado parte del CEDH a las víctimas de vulneraciones del derecho a la vida y a no sufrir torturas.

BIBLIOGRAFÍA

ABRISKETA URIARTE, J. (2015), *The Problems the European Court of Human Rights Faces in Applying International Humanitarian*

⁵⁹ El TEDH elabora esta doctrina, principalmente en sus sentencias en los asuntos Silih contra Eslovenia y Janowieck contra Rusia. El límite lo sitúa en la fecha de adopción del CEDH, que es cuando comenzó su existencia como tratado internacional de derechos humanos. Además, esta extensión temporal de la aplicación del CEDH está sujeta a ciertas condiciones —una conexión genuina del hecho ocurrido con la entrada en vigor del Convenio o la necesidad de esta extensión para asegurar la protección efectiva de las garantías del CEDH—. Esta cuestión es abordada en GARCÍA CASAS, M. (2022), *El Derecho internacional de la justicia transicional*, Wolters Kluwer, p. 222 y ss.

- Law, en Gibbons, P. y Heintze, H-J (eds.), *The Humanitarian Challenge*, Springer.
- BESSON, S. (2012), The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, pp. 857-884.
- CARLI, E. (2021), International Military Operations, Duty to Conduct Effective Investigations and Extraterritorial Application of the ECHR: Has the Court Gone Too Far in *Hanan v. Germany?*, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, pp. 716-730.
- JANER TORRES, J. D. (2023), *Conflictos territoriales y Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Aranzadi, Navarra.
- JÜRGENSSEN, T. E. (2022), Protecting Human Rights While Conducting Military Operations Abroad: a Critical Analysis of the European Court of Human Rights' Recent Judgement in *Hanan v. Germany*, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 38, pp. 487-523.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2018), La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos, *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, 42, pp. 111-130.
- MALLORY, C. (2021), A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights?, *QIL (Zoom in)*, 82, pp. 31-51.
- MILANOVIC, M. (2008), From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review*, vol. 8, 3.
- (2013), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law Principles, and Policy*, Oxford University Press.
- MILLER, S. (2010), Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention, *The European Journal of International Law*, vol. 20, 4.
- NAGORE CASAS, M. (2017), Presencia militar y jurisdicción extraterritorial: la dilución del concepto de «control efectivo sobre el territorio» en los casos de Nagorno-Karabakh ante el TEDH, *Revista General de Derecho Europeo*, 43.
- REY ANEIROS, A. (2008), TEDH – Resolución de admisibilidad de 02.05.2007, *Behrami y Behrami c. Francia*, 71412/01, –*Saramati c. Francia*, Alemania y Noruega, 78166/01 - Seguridad Colectiva y Derechos Humanos – Responsabilidad por Violaciones de Derechos Humanos por Fuerzas de Mantenimiento de la paz, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 30, pp. 511-526.

- ROONEY, J. M. (2015), The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands* [en línea], *Netherlands International Law Review*, vol. 62, pp. 407–428. [Consulta: 2024]. Disponible en: DOI 10.1007/s40802-015-0041-y
- RYNGAERT, C. (2012), Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights, *Merkourios Utrecht Journal of international and European Law*, vol. 28, 74.
- SARI, A. (2009), The European Union Status of Forces Agreement (EU SOFA), *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 13,3, pp. 353-391.
- VOETELINK, J. (2013), Status of Forces and Criminal Jurisdiction, *Netherlands International Law Review*, LX, pp. 231-250.

ANÁLISIS DEL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO Y RESIDENCIA: FACTORES CRIMINÓGENOS Y MOTIVOS PARA LA «NO» DESPENALIZACIÓN

Manuel Rodríguez Monserrat

Profesor de Derecho del Centro Universitario de la Defensa – Academia General Militar de Zaragoza

Resumen

En los últimos años se ha cuestionado la existencia del delito de abandono de destino/residencia, justificándose su despenalización y proponiéndose su reubicación en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, existen circunstancias que permiten afirmar lo contrario. Es el delito más cometido en la jurisdicción militar y su reubicación podría generar un incremento de la conducta. Destaca especialmente el hecho de que el Tribunal Militar Territorial Segundo (del que dependen las plazas ubicadas al norte de África, es decir, Ceuta y Melilla) sea el tribunal que más casos conozca sobre este delito. Por tanto, y junto con las necesidades y los problemas geoestratégicos que se producen en la frontera sur, es preciso su mantenimiento sin necesidad de que se produzca una reubicación o modificación del tipo.

Palabras clave: Abandono de destino, Despenalización, Factores geoestratégicos, Factores criminógenos.

Abstract

In recent years, the existence of the crime of abandonment of destination or residence has been questioned, justifying its decriminalization and relocation into the disciplinary regime of the Armed Forces. However, there are circumstances that are evidence to the contrary. It is the most committed crime in the military jurisdiction, and its relocation could generate a higher rate. Especially noteworthy is the fact that the Second Territorial Military Court (on which depend Ceuta and Melilla) is the court that has the most cases on this type. Therefore, and together with the geostrategic needs and problems that occur on the southern border, its maintenance is necessary without the relocation or modification of the crime.

Keywords: Abandonment of Destination, Decriminalization, Geostrategic Factors, Criminogenic Factors.

Sumario

1 Introducción. 2 Análisis criminológico del delito. 3 La perspectiva geopolítica, la gran ausente del análisis jurídico. 4 El delito de abandono de destino o residencia. 4.1 Bien jurídico. 4.2 La estructura del tipo. Tipo básico y cualificado. 4.3 Elementos del tipo. 4.4 Plazo de ausencia y principio de ultima ratio y fragmentariedad. 5 El «Incumplimiento de la normativa vigente». ¿Una norma penal en blanco? 5.1 Sobre la remisión a normativa administrativa. 5.2 Especial consideración a la situación de baja médica. 5.3 La enfermedad como impedimento en los deberes de presencialidad o desplazamiento. 6 Propositiones conclusivas.

1. INTRODUCCIÓN

Para poder cumplir con la misión de garantizar la soberanía e independencia de España y defender su integridad territorial y su ordenamiento jurídico es preciso que los integrantes de las Fuerzas Armadas siempre se encuentren a disposición del servicio. La importancia de mantener las defensas nacionales debidamente disponibles y operativas —en definitiva, eficaces¹— requiere de la indudable presencia de personal militar en las distintas unidades. En consecuencia, uno de los principales deberes de los militares lo constituye la «disponibilidad para el servicio». Tal y como se

¹ SEDANO LORENZO, A. (2011), El delito militar de abandono de destino. La problemática de las bajas médicas como causa de atipicidad e inculpabilidad. especial referencia a la inexigibilidad de otra conducta. *Revista General de Derecho Penal*, 16, p. 2.

establece en el artículo 20 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, el militar «estará en disponibilidad permanente para el servicio, que se materializará de forma adecuada al destino que se ocupe y a las circunstancias de la situación, y realizará cualquier tarea o servicio con la máxima diligencia y puntualidad, tanto en operaciones como para garantizar el funcionamiento de las unidades»², tipificándose no solo infracciones, sino también el delito de abandono de destino o residencia de tal forma que se pueda castigar a aquellos militares que, debido a distintas circunstancias, abandonen su residencia o destino sin la debida comunicación o autorización previa.

En la práctica, son destacables los problemas que se producen a propósito del abandono de destino y residencia especialmente en la plaza de Ceuta, donde es habitual que la prensa publique distintas situaciones relacionadas con el deber de presencia. Prueba de ello fue la apertura de expediente a una quincena de militares por parte de la Comandancia General de Ceuta por, presuntamente, haber abandonado la plaza sin haberlo comunicado con anterioridad³. Un caso llamativo en vía disciplinaria fue el de un guardia civil que, estando de baja, se desplazó a Marruecos, donde quedó atrapado tras el cierre de fronteras decretado por la pandemia del covid-19. Fue sancionado por cometer una falta grave al no comunicar a sus jefes el desplazamiento⁴.

² «El principio de disponibilidad permanente se establece igualmente en el artículo 22 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio (RCL 2011, 1476), de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, se encuentra actualmente en el régimen horario, de vacaciones, permisos y licencias que se prevé con carácter general para el personal al servicio de la Administración General del Estado, con las especialidades propias de su aplicación a las fuerzas, que se materializa, principalmente en la Orden DEF/1363/2016, de 28 de julio (RCL 2016, 1014), por la que se regulan la jornada y el régimen de horario habitual en el lugar de destino de los miembros de las Fuerzas Armadas, modificada por la Orden DEF/110/2019, de 8 de febrero (RCL 2019, 202), y en la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero (RCL 2015, 217, 289), por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas, modificada por la mencionada Orden DEF/1363/2016, de 28 de julio, por la Orden DEF/112/2019, de 8 de febrero y por la Resolución 431/38020/2018, de 1 de febrero, de la Subsecretaría, por la que se modifica el anexo I de tal Orden». Tribunal Militar Territorial Tercero. Sentencia 6/2021 de 22 junio. JUR 2021\319864. ECLI: ECLI:ES:TMT:2021:72 (FJ 3). Ponente: José Luis Herrero García.

³ La Vanguardia (2017), Expedientan por falta grave a varios militares de Ceuta por sus viajes a la península [en línea]. *La Vanguardia*. [Consulta: 20/04/2023]. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20170721/424279156676/expedientan-por-falta-grave-a-varios-militares-de-ceuta-por-sus-viajes-a-la-peninsula.html>

⁴ ECHARRI, C. (2022), El suboficial de la Guardia Civil que se fue de baja a Marruecos y mintió [en línea]. *El Faro de Ceuta*. [Consulta: 12/04/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/suboficial-guardia-civil-fue-baja-marruecos-mintio/>

En 2019 un soldado fue condenado por estar de baja médica y abandonar su destino «marchándose a Logroño desde donde remitiría, vía fax, un informe de baja médica por motivos psicológicos de 30 días de duración». Tras ser requerido telefónicamente y a través de un fax para regularizar su situación, no compareció en Ceuta. Además, se trasladó «a Bolivia a ver a su madre al enterarse que le habían detectado una enfermedad. No se personó en Ceuta hasta mayo, incorporándose a su puesto en junio de ese año»⁵.

En 2021 el Tribunal Supremo ratificó una condena de cárcel a un soldado destinado en el Regimiento de Caballería «Montesa» N.º 3 que estuvo ilocalizable sin justificación alguna durante el disfrute de una baja médica⁶.

Una legionaria también sería condenada cuando, encontrándose en situación de baja médica concedida en su domicilio habitual en la ciudad de Ceuta, se desplazó hacia San Fernando, donde permaneció diez días sin incorporarse a su unidad a pesar de los requerimientos realizados por sus mandos para regularizar su situación administrativa⁷.

El 10 de febrero de 2023, el Tribunal Militar Territorial Segundo acordó el sobreseimiento definitivo de la causa contra un soldado del Grupo

⁵ El Faro de Ceuta (2019), Condenado un soldado regular por abandono continuado de su puesto [en línea]. *El Faro de Ceuta*, [Consulta: 12/04/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/condenado-regular-abandono-continuado-puesto/> No obstante, se trata de un problema que también se produce en otras plazas. En 2022, el Tribunal Supremo confirmó «íntegramente una sentencia previa del Tribunal Militar Territorial Segundo, que condena a un cabo destinado en el acuartelamiento de Tablada, en Sevilla, a diez meses de cárcel por un delito de “reiterado” abandono de destino cometido al no reincorporarse al servicio después de que finalizase su baja médica por patología de naturaleza siquiátrica; considerando acreditado que el inculpado “estaba ilocalizable, no atendía el teléfono” y fueron acometidos “53 intentos de notificaciones en sus domicilios”» Europa Press. (2022), El TS confirma diez meses de prisión a un militar de Tablada (Sevilla) por reiterado abandono de destino [en línea]. *El Confidencial Digital*, [Consulta: 12/02/2023]. Disponible en: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/ultima-hora/ts-confirma-diez-meses-carcel-militar-tablada-sevilla-reiterado-abandono-destino/20221228105246498244.html>. En abril de 2023, el Tribunal Supremo también absolvió a una soldado que fue condenada por abandonar su destino: VALDÉS, B. (2023), Absuelta por el Supremo una soldado del Ejército de Tierra condenada a un año de prisión por abandono de destino [en línea]. *Conflegal*, [Consulta: 14/04/2023]. Disponible en: <https://confilegal.com/20230413-absuelta-por-el-supremo-una-soldado-del-ejercito-de-tierra-condenada-a-un-ano-de-prision-por-abandono-de-destino/>

⁶ El Faro de Ceuta. (2021), Condena de cárcel a un soldado por estar ilocalizado durante 8 días [en línea]. *El Faro de Ceuta*. [Consulta 12/02/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/condena-carcel-soldado-ilocalizado/>

⁷ El faro de Ceuta. (2022), Una legionaria condenada a 4 meses de prisión por abandonar su residencia [en línea]. *El Faro de Ceuta*. [Consulta 12/04/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/legionaria-condenada-prision-abandonar-residencia/>.

de Regulares de Ceuta acusado de un delito de abandono de destino⁸. En este caso también se trató de una situación de baja médica inadmitida por el coronel jefe del GREG-54, que ordenó su incorporación inmediata en la unidad, a lo que el regular se negó justificando su situación médica.

Existen análisis sobre la evolución histórica de este delito⁹ y la problemática de las bajas médicas¹⁰, y se han discutido interpretaciones relativas al cómputo de los plazos¹¹ y a su comisión en los estados de conflicto armado o de sitio¹². No hace mucho se ha propuesto la existencia de un «elemento subjetivo del injusto»¹³. Por otro lado, también existen estudios criminológicos sobre la cuestión¹⁴. Actualmente, se ha propuesto la despenalización de la conducta y su transformación en falta disciplinaria¹⁵ al plantear «¿qué lleva al legislador a

⁸ El Faro de Ceuta. (2023), Absuelto un soldado de regulares investigado por abandono de destino [en línea]. *El Faro de Ceuta*. [Consulta 12/02/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/absuelto-soldado-regulares-ceuta-investigado-delito-abandono-destino/>

⁹ MARTÍN DELPÓN, J. L. (2007), Evolución histórica de los delitos contra el deber de presencia en el Derecho Histórico Militar: Desde el Constitucionalismo decimonónico hasta nuestros días. *Cuadernos de Historia del Derecho*, 14, p. 119.

¹⁰ SEDANO LORENZO, A. (2011), El delito militar de abandono de destino. la problemática de las bajas médicas como causa de atipicidad e inculpabilidad. especial referencia a la inexigibilidad de otra conducta. *Revista General de Derecho Penal*, 16.

¹¹ MARTÍN DELPÓN, J. L. (2019), El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar [en línea]. *Universidad de Castilla-La Mancha*. [Tesis] p. 374 y ss. [Consulta: 23/04/2023]. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/22923>

¹² *Ibid*, p. 377.

¹³ JIMÉNEZ JIMÉNEZ, L. A. (2023), Elementos subjetivos del injusto en el delito militar de abandono de destino o residencia. *Diario La Ley*, 10206.

¹⁴ HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. (2003), Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia. *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 82, p. 142. El autor afirmó que «con este trabajo se pretende analizar determinados aspectos criminológicos de un delito de extraordinaria relevancia en este campo científico como ponen de manifiesto las estadísticas penales, pero pocas veces abordado por los criminalistas quizás por su especificidad implícita en la ubicación que resulta de una ley penal especial como es el CPM y que haría de su estudio, en el campo exclusivo de la criminología española, una materia casi inédita en el plano monográfico propiciando una escasa familiarización del tipo penal militar por parte de nuestra doctrina». *Ibid*, p. 116. El autor añade que «con apenas algunas excepciones de las que caben destacar el análisis del A. Millán Garrido, quien es sin duda una de las voces más autorizadas de la doctrina en nuestro objeto de estudio, en su libro, *El delito de desertión militar*, Bosch, 1983, dedica un capítulo para tratar unas “consideraciones criminológicas” sobre el delito de desertión o J. M. García Labajo, quien en *Comentarios al Código penal Militar*, Cívitas, 1998 pp. 1471 y ss, destaca también determinados aspectos del delito de abandono de destino o residencia en el campo de la criminología. También Querol o J. M. Rodríguez Devesa, en diferentes trabajos sobre el particular, de carácter más o menos general, pero sin constreñimiento al apartado criminológico».

¹⁵ Martín Delpón reflexiona sobre el hecho de que «la ubicación en una norma o en otra reside en el transcurso de un plazo de setenta y horas, tres días según indica el artículo 56» preguntándose si «¿el transcurso de una hora de ausencia puede sustentar que una conducta se considere delito o infracción disciplinaria? La respuesta es negativa. Una hora más o menos no implica un fundamento de peso suficiente para desplegar la maquinaria penal,

reprochar penalmente al militar el abandono de su servicio o “puesto” frente a la inexistencia de cualquier reproche jurídico-penal del abandono por parte de un trabajador de su puesto de trabajo en la vida civil?»¹⁶.

Ante los estudios con distintos enfoques sobre la cuestión y ante las propuestas de despenalización no se observa un análisis de los factores criminológicos y geoestratégicos a la hora de valorar la idoneidad de la existencia del delito de abandono de destino. Por ello, mediante este trabajo se realiza un análisis de las circunstancias que rodean al tipo penal con la finalidad de valorar la idoneidad del mantenimiento del tipo en el Código Penal Militar, así como la procedencia de la modificación de los elementos del tipo.

2. ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO DEL DELITO

El análisis criminológico sobre el delito en cuestión es de vital importancia para poder cumplir con los fines del derecho penal y de la pena. Al igual que en la medicina o en la psicología se debe realizar «un estudio histórico sobre los causantes», en el ámbito criminal «el estudio de causas es esencial para conocer cómo se va formando una situación, los elementos que la han formado y las formas de desintegrarla, en el caso criminológico, plantear las bases de una política criminal y llevar a cabo la rehabilitación»¹⁷.

En 1980 se introdujo en España un acercamiento al análisis criminológico del delito de desertión en el que autor destacaba que «la desertión es, sin lugar a dudas, el delito más frecuentemente cometido en las Fuerzas Armadas. De hecho, supone, en cualquier Estado, un 50 % de todas las infracciones militares constatadas»¹⁸.

con sus consecuencias, o la maquinaria administrativa sancionadora, con las suyas. Quizás el mero transcurso de un plazo no sea suficiente y, por ello, sea más conveniente calificar los hechos con alguna circunstancia típica que sí que justifique la gravedad [...] por ello, uno de los argumentos de mayor peso que se puede manejar para la despenalización del delito de abandono de destino y residencia y su consiguiente transformación en falta disciplinaria muy grave es que, esa misma conducta, para otros servidores públicos es reconducida al ámbito estrictamente sancionador». MARTÍN DELPÓN, J. L. (2019), El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar. *Op. cit.* pp. 337-338.

¹⁶ HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. (2003), Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia. *Op. cit.*, p. 120.

¹⁷ HIKAL, W. (2009), Los factores criminógenos exógenos. *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, p. 140.

¹⁸ MILLÁN GARRIDO, A. (1980). *El delito de desertión militar* [en línea]. [Tesis doctoral inédita]. Universidad de Sevilla, p. 452. [Consulta:2024]. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/24007>

El delito de abandono de destino fue calificado como el «más habitual cometido por los militares españoles, y juzgado por la justicia militar»¹⁹, lo que constituye «la figura delictiva más relevante en el ámbito de la

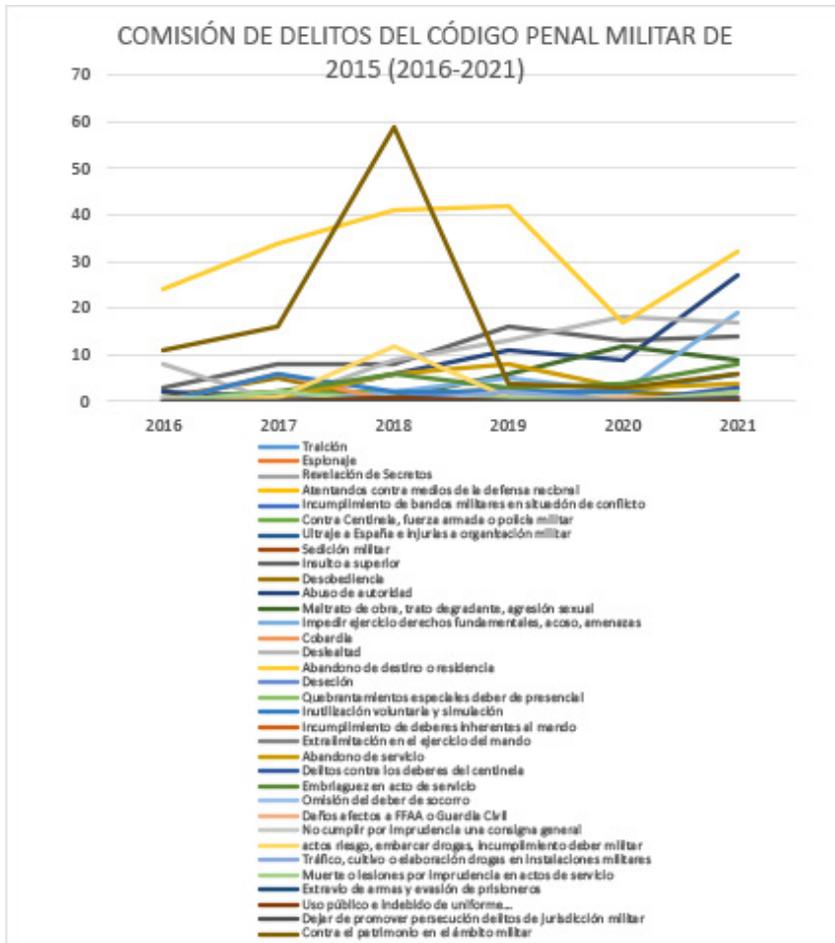


Ilustración 1: Delitos del Código Penal Militar de 2015 (Periodo 2016-2021). Elaboración propia.

¹⁹ No obstante, «desde el inicio de la crisis, en 2008, los niveles de este delito han descendido un 75 %. Según datos que ha podido conocer *El Confidencial Digital* de la Fiscalía General del Estado, los delitos de abandono de destino han descendido desde los 780 registrados en 2008, año de inicio de la crisis económica, hasta los 271 de 2011. En 2009, los delitos pasaron de 780 a 518, y en 2010 se registraron 457» *El Confidencial Digital* (2013), Bajan un 75 % los delitos de abandono de destino en las Fuerzas Armadas. La crisis disuade a los desertores temporales [en línea]. *El Confidencial Digital*. [Consulta 12/04/2023]. Disponible en: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/defensa/Bajan-Fuerzas-Armadas-desertores-temporales/20130926030000070273.html>

Jurisdicción Militar» que, en determinados periodos, supone «el 59,73 % de los procedimientos iniciados por delitos militares»²⁰. En este sentido, y tal y como puede observarse en la siguiente ilustración a través de la línea amarilla superior, el delito de abandono de destino o residencia ha sido el que más se ha cometido en los últimos cinco años.

Se ha destacado que:

«El delincuente militar no es, por regla general, un criminal propiamente dicho, es un soldado sin comprensión de sus deberes profesionales, negligente, rebelde al sentimiento de la disciplina. Como todo delincuente, es un sujeto inadaptado al medio en que se desenvuelve, pero su inadaptación solo se refiere al ambiente militar y, naturalmente, solo en este resulta peligroso, sin que quepa olvidar tampoco que en la milicia por motivos meramente utilitarios, se castigan muchas veces infracciones que distan de ser punibles desde el punto de vista moral, pero que no obstante esto, necesitan de serlo, porque la dura condición de la vida militar y la estrechez de los deberes que pechan sobre el Ejército, pueden convertir el delito, el forzado tributo que paga el hombre a las imperiosas necesidades o a la debilidad de su naturaleza»²¹.

En los delitos de abandono de destino y residencia se identifican como factores el trastorno adaptativo y el trastorno de personalidad²², a los que se les deben sumar otros aspectos como el desconocimiento de las consecuencias que acarrearán este tipo de conductas (habría

²⁰ HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. (2003), Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia. *Op. cit.*, p. 137.

²¹ HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. (2003), Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia. *Revista Española de Derecho Militar*, 82, p. 121. El autor recoge las palabras de Dubois, quien afirmó que «la desertión es un acto de adolescente, como lo ha sido el alistamiento, pero el reglamento militar es una ley para adultos».

²² El autor señala que «en cuanto a la interacción de la psiquiatría forense en el estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia del artículo 119 de nuestro CPM, hemos podido comprobar que en un importante porcentaje de los casos estudiados en las investigaciones apuntadas más arriba, concurre un estado predelictual condicionado por una personalidad psicopatológica que nos llevará a hablar de auténticas conductas de inadaptación para referirnos a los comportamientos descritos en el artículo 119 del CPM. Esta falta de adaptación social se reflejará aún de forma más acentuada como inadaptación a la vida militar lo que nos llevará a referirnos al punto relativo a los sistemas de selección-formación utilizados para integrar el contingente de nuestras FAS». *Ibid*, pp. 142-143.

que garantizar un conocimiento suficiente)²³, así como «la frecuente desnaturalización del efecto disuasorio de la pena», ya que o las condenas son escasas o se imponen después de un dilatado proceso judicial, lo que genera que se pierda el «efecto ejemplarizante de cara a la disciplina y, por ende, de cara a la prevención de nuevos delitos de ausencia»²⁴.

Por lo general, tal y como se ha puesto de relieve a través de los distintos pronunciamientos de los tribunales militares, el denominador común lo constituye la situación administrativa de baja médica de los militares, ya que «un tanto por ciento bastante alto de los delitos de abandonos de destino cometidos se ven directa o indirectamente vinculados a una situación de baja médica» llegando «a alcanzar tal magnitud que hizo necesaria la adopción de un acuerdo del Pleno de la Sala 5ª del Tribunal Supremo»²⁵. El problema suele originarse o bien por la posibilidad de que haya una contraposición de criterios entre la sanidad civil y la sanidad militar o bien por la orden de presentarse físicamente en la unidad para regularizar su situación administrativa una vez que se envía el anexo de la baja desde otra ciudad. Debido a la problemática que genera el control militar sobre las bajas médicas, colectivos como la Asociación de Tropa y Marinería Española (ATME) han reclamado «la modificación de la normativa sobre bajas médicas, con objeto de que el informe del médico del paciente sea ejecutivo y no pueda ser anulado por el jefe de la unidad»²⁶.

Por último, también conviene destacar la distribución de la comisión del delito según los diversos tribunales.

²³ *Ibid*, p. 146.

²⁴ *Ibid*, p. 147.

²⁵ MARTÍN DELPÓN, J. L. (2019), El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar [en línea]. *Universidad de Castilla-La Mancha*. [Tesis en abierto]. pp. 368-369 [Consulta: 23/04/2023]. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/22923>. En 2003 se destacaba que el problema de «las bajas médicas y en particular la utilización irregular de los procedimientos administrativos articulados para la tramitación de bajas por enfermedad y que en no pocas ocasiones se sospecha que pudieran ser utilizadas fraudulentamente para ausentarse de las unidades» HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. (2003), Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia. *Op. cit.*, p. 135.

²⁶ El Faro de Ceuta (2023), ¿Es lógico que el jefe autorice la baja médica? En el Ejército sí, critica Atme [en línea]. *El Faro de Ceuta*, [Consulta: 16/04/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/atme-bajas-medicas-modificacion-normativa/>

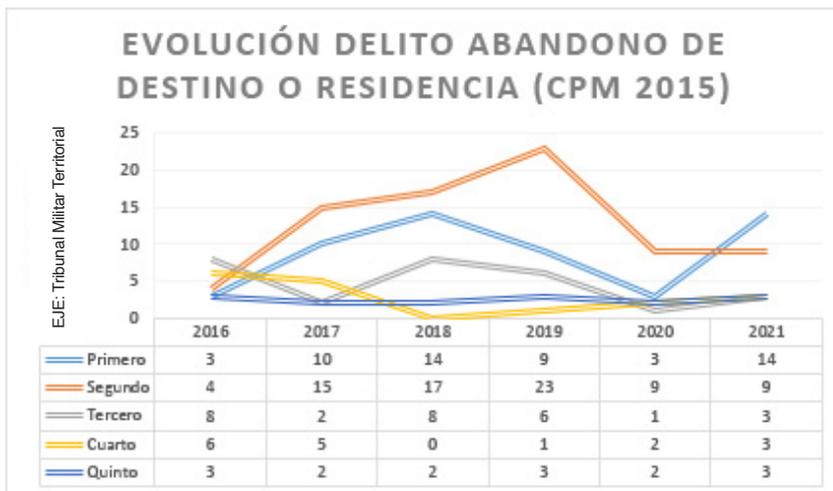


Ilustración 2: Tribunales militares. Delitos del Código Penal Militar de 2015 distribuidos por el delito cometido, abandono de destino o residencia (elaboración propia)²⁷.

Como puede observarse en las ilustraciones 2 y 3, el Tribunal Territorial Segundo es el que más destaca a la hora de iniciar procedimientos por la presunta comisión de un delito de abandono de destino o residencia, sumando un total de 77 delitos entre los años 2016-2021 (CPM 2015). Lo sigue el Tribunal Territorial Primero, con 53 delitos. Lo mismo ocurre con los delitos relacionados con el Código Penal de 1985, donde el Tribunal Territorial Segundo ocupa la primera posición seguido del Tribunal Territorial Primero.

²⁷ MINISTERIO DE DEFENSA. Secretaría General Técnica. Unidad de Estadística del Órgano Central. *Estadística de Jurisdicción Militar*, año 2016, p. 76. MINISTERIO DE DEFENSA. Secretaría General Técnica. Unidad de Estadística del Órgano Central. *Estadística de Jurisdicción Militar*, año 2017, p. 76. MINISTERIO DE DEFENSA. Secretaría General Técnica. Unidad de Estadística del Órgano Central. *Estadística de Jurisdicción Militar*, año 2018, p. 76. MINISTERIO DE DEFENSA. Secretaría General Técnica. Unidad de Estadística del Órgano Central. *Estadística de Jurisdicción Militar*, año 2019, p. 76. MINISTERIO DE DEFENSA. Secretaría General Técnica. Unidad de Estadística del Órgano Central. *Estadística de Jurisdicción Militar*, año 2020, p. 76. MINISTERIO DE DEFENSA. Secretaría General Técnica. Unidad de Estadística del Órgano Central. *Estadística de Jurisdicción Militar*, año 2021, p. 76.

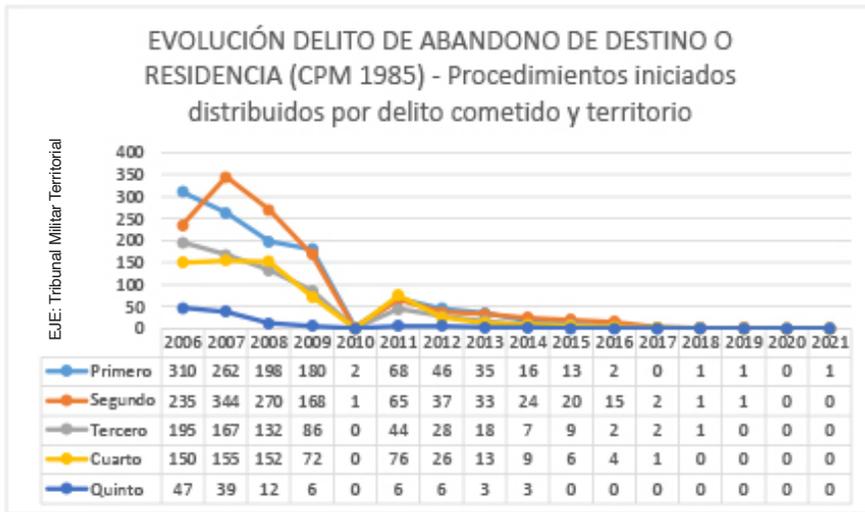


Ilustración 3: Delitos del Código Penal Militar de 1985. Procedimientos iniciados por delitos distribuidos por el delito cometido y el Territorio Jurisdiccional al que pertenece el Juzgado Togado Militar que los incoa (elaboración propia)²⁸.

3. LA PERSPECTIVA GEOPOLÍTICA, LA GRAN AUSENTE DEL ANÁLISIS JURÍDICO

El Magreb constituye una zona de especial interés para España y Europa que debe analizarse desde distintos puntos de vista y tenerse en cuenta a la hora de valorar la existencia del delito de abandono de destino. Por un lado, atendiendo a las delicadas relaciones entre Argelia y Marruecos, que complican el suministro energético y la lucha contra el terrorismo, y por otro, a la situación del Sahel Occidental, donde se está centrando la actividad yihadista²⁹, y a la existencia de territorios españoles en el norte de África.

La situación de Ceuta y Melilla ha sido calificada como «un problema de gobiernos, pero también afecta a la opinión pública de las dos

²⁸ MINISTERIO DE DEFENSA. Secretaría General Técnica. Unidad de Estadística del Órgano Central. *Estadística de Jurisdicción Militar*, años 2006-2021.

²⁹ SAHAGÚN, F. (2022), Introducción. El mundo en el tercer año de pandemia, en *Panorama estratégico* (2022). Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa. Subsecretaría de Defensa. Secretaría General Técnica, p. 59.

naciones»³⁰. El problema se acentúa cuando «desde el país magrebí, se instrumentaliza políticamente el litigio territorial y se utiliza como elemento de presión para otros expedientes»³¹. En este sentido, «aunque la cuestión de Ceuta y Melilla, como ciudades autónomas bajo soberanía española, y reivindicadas por Marruecos, aún sigue siendo una asignatura pendiente por resolver para zanjar un asunto que, en algunas ocasiones, ha envenenado la vecindad hispano-marroquí, la realidad sobre el terreno es que entre Marruecos y sus dos ciudades reclamadas hay una relación de “socios naturales” que prevalece sobre la polémica territorial»³². No obstante, las relaciones con el país vecino no deben analizarse sin tener en cuenta la realidad internacional. En este sentido, también conviene destacar la histórica reclamación por parte de Marruecos de los territorios españoles en el norte de África con la realización de distintos actos de carácter simbólico³³, pretensiones lógicas según determinada exministra³⁴, que han dado lugar a diversas crisis entre las que destaca la crisis de Perejil³⁵.

En lo relativo a las relaciones entre Marruecos y Argelia, las desafortunadas actuaciones del Ejecutivo español han consolidado lo que se ha denominado como «el fin de la cohabitación en la indiferencia» que caracterizaba a España ante las tomentosas relaciones entre Argelia y Marruecos³⁶. En esta línea, Sahagún destacó que

³⁰ VALCÁRCEL LEZCANO, D. (1997) Introducción en *Ceuta y Melilla en las relaciones de España y Marruecos*. Cuadernos de Estrategia, 91, p. 13. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Instituto Español de Estudios Estratégicos.

³¹ MESA GARCÍA, B. (2012), *Ceuta y Melilla: una visión de futuro* [en línea]. Instituto Español de Estudios Estratégicos, ., p. 1. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2012/DIEEEE03-2012_FuturoCeutayMelilla_BMesa.pdf.

³² *Ibid*, p. 12.

³³ Destaca la eliminación de la palabra frontera en las comisarías que están situadas junto a los enclaves españoles. CEMBRERO, I. (2022), La policía de Marruecos ya no reconoce las fronteras de Ceuta y Melilla [en línea]. *El Confidencial*, [Consulta: 03/12/2022]. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/mundo/2022-01-26/la-policia-de-marruecos-ya-no-reconoce-las-fronteras-de-ceuta-y-melilla_3364614/

³⁴ La Voz de Galicia (2022), La exministra Trujillo asegura que «Ceuta y Melilla son una afrenta a la integridad marroquí» y que su reivindicación está justificada [en línea]. *La Voz de Galicia*. [Consulta: 03/12/2022]. Disponible en: https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/espana/2022/09/04/exministra-socialista-trujillo-ceuta-melilla-afrenta-integridad-marroqui/0003_202209G4P19991.htm

³⁵ CEMBRERO, I. (2021), Cuando EE. UU. resolvió, a favor de España, la crisis provocada por un «peñasco» [en línea]. *El Confidencial*. [Consulta: 03/12/2022]. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/mundo/2021-06-14/cuando-eeuu-resolvio-a-favor-de-espana-la-crisis-provocada-por-un_3130771/

³⁶ SAHAGÚN, F. (2022), Introducción. El mundo en el tercer año de pandemia. *Op. cit.*, p. 47.

«el fin de las exportaciones de gas argelino por el gasoducto marroquí y el envío de miles de inmigrantes a Ceuta en la primavera del año pasado en represalia por recibir a Ghali para ser tratado del covid-19 y como presión para que España siga los pasos de EE. UU. y reconozca la soberanía marroquí sobre el Sahara fueron, junto con la retirada de Afganistán en agosto, los momentos más difíciles de la diplomacia española»³⁷.

En este sentido, conviene destacar que «las estrategias híbridas también han sido protagonistas del panorama de Seguridad Nacional, como demuestra la utilización de la inmigración como elemento de presión»³⁸ tal y como se pudo vivir en Ceuta en mayo de 2021 con la entrada masiva (permitida por Marruecos) de miles de inmigrantes³⁹. Esta situación provocó la movilización del personal militar destinado en la plaza⁴⁰, cuya actuación fue indispensable para contener a cerca de 12 000 personas que entraban ilegalmente en la ciudad⁴¹.

Por último, el Sahel, situado en el «flanco sur»⁴² constituye un terreno de 5400 kilómetros en África de especial interés, prioridad y preocupación calificado como «la frontera avanzada de Europa»⁴³ debido a los proble-

³⁷ *Ibid.*, p. 48.

³⁸ *Informe Anual de Seguridad Nacional* (2021). Gobierno de España. Presidencia del Gobierno. Ministerio de la presidencia, relaciones con las cortes y memoria democrática, p. 10.

³⁹ BOUSSARIE, P. (2021), Más de 1000 menores entraron en Ceuta desde Marruecos [en línea]. *El Mundo*. [Consulta: 23/11/2022]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2021/07/05/60e34189fc6c835f588b463d.html>

⁴⁰ BBC (2021), Ceuta: las impactantes imágenes de la llegada masiva de inmigrantes al territorio español. *BBC News Mundo*, [Consulta: 23/11/2022]. Disponible en: [https://elpais.com/espana/2021-05-18/el-ejercito-se-despliega-para-controlar-las-calles-de-ceuta-tras-la-entrada-de-5000-inmigrantes.html](https://www.bbc.com/mundo/noticias-57171780#:~:text=Seg%C3%BAn%20las%20autoridades%20espa%C3%B1olas%2C%20m%C3%A1s, tratar%20de%20contener%20la%20llegada. MARTÍN, M. y VARO, L. J. (2021), El Ejército se despliega para controlar Ceuta tras la entrada de más de 8000 inmigrantes [en línea]. <i>El País</i>, [Consulta: 23/11/2022]. Disponible en: <a href=) [última consulta: 23/11/2022].

⁴¹ PEÑA, R. (2022), Un año de la peor crisis con Marruecos: 12000 inmigrantes entraron en Ceuta [en línea]. *Heraldo*, [Consulta: 12/05/2023]. Disponible en: <https://www.heraldo.es/noticias/internacional/2022/05/15/un-ano-de-la-peor-crisis-con-marruecos-12000-inmigrantes-entraron-en-ceuta-1574521.html>

⁴² DACOBA CERVIÑO, F. J. (2021), Introducción, en *Panorama geopolítico de los conflictos 2021*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa. Subsecretaría de Defensa. Secretaría General Técnica, p. 14.

⁴³ MADEU, J. (2018), Ángel Losada: El Sahel es la frontera avanzada de Europa [en línea]. *La Vanguardia*, [Consulta: 02/11/2022]. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20180729/451156827590/el-sahel-es-la-frontera-avanzada-de-europa.html>

mas que puede generar⁴⁴. Aquí son necesarios los esfuerzos occidentales para evitar que penetren otras potencias como China o Rusia⁴⁵.

Rangel destaca que

«es una región prioritaria para la UE y especialmente para España por varios motivos: ser emisor de migrantes, es una zona afectada por el cambio climático, por la explosión demográfica, el subdesarrollo, la debilidad de sus gobiernos, en el caso de algunos países nos encontramos ante Estados fallidos y todo ello unido a conflictos étnicos y la grave amenaza del terrorismo yihadista y del crimen organizado, lo que la convierte en una fuente de inestabilidad para toda la zona, especialmente para el Magreb, España y Europa»⁴⁶.

El cúmulo de variables provoca que se produzca una grave presión migratoria sobre los territorios españoles en el norte de África o las Islas Canarias a través de las rutas milenarias del Sahel-Magreb, tal y como constituyeron la crisis de los cayucos de 2006 o los picos de llegada de inmigración irregular que se producen en Ceuta, en Melilla o en las Islas Canarias en los últimos años⁴⁷.

En definitiva, existen unos intereses geopolíticos, riesgos y amenazas que requieren de eficacia y presencia de las Fuerzas Armadas.

4. EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA

El delito de «abandono de destino o residencia» se regula en el artículo 56 del Código Penal Militar y

⁴⁴ SÁNCHEZ HERRÁEZ, P. (2021), Sahel: ¡tormenta perfecta de amplitud e intensidad creciente! en *Panorama geopolítico de los conflictos 2021*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa. Subsecretaría de Defensa. Secretaría General Técnica, p. 232-233.

⁴⁵ DACOBA CERVIÑO, F. J. (2021), Introducción. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁶ RANGEL, P. (2022), Guerra contra el terror después del 11S: Análisis y prospectiva, en *Panorama estratégico 2022*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa. Subsecretaría de Defensa. Secretaría General Técnica, p. 260. En este sentido se destaca que «para Europa, y desde luego para España, la evolución de la situación en el Sahel es y seguirá siendo motivo de honda preocupación. Tampoco aquí son optimistas las perspectivas. La tormenta perfecta no cede: debilidad institucional y de gobernanza (dos golpes de estado en Mali en menos de un año), tráfico ilícitos de todo tipo, fenómenos climáticos extremos, actividad terrorista al alza y, por si todo eso fuera poco, los efectos de la pandemia». Véase: DACOBA CERVIÑO, F. J. (2021), Introducción. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ SÁNCHEZ HERRÁEZ, P. (2021), Sahel: ¡tormenta perfecta de amplitud e intensidad creciente! *Op. cit.*, p. 246 y 247.

«se encuentra sistemáticamente comprendido entre los delitos contra los deberes de presencia, al igual que ocurría con el homónimo delito tipificado en el artículo 119 del derogado Código Penal Militar de 1985 (RCL 1985, 2914), y con él comparte similares requisitos, aunque enunciados en forma diferente en el nuevo Código en aras a una más depurada técnica legislativa»⁴⁸.

El artículo 56 del Código Penal Militar establece que

«1. El militar que, incumpliendo la normativa vigente, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

2. En situación de conflicto armado o estado de sitio, la ausencia del militar o su falta de incorporación por tiempo superior a veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a seis años.

3. Para el cómputo de los referidos plazos se empezará a contar desde el momento en que se produjere la ausencia o falta de incorporación, hasta aquel en que tuviere lugar la presentación».

En el primer apartado se establece el tipo básico mientras que en el segundo apartado se constituye el tipo cualificado⁴⁹. Tal y como ha indicado el Tribunal Supremo, el delito

⁴⁸ Según la Sentencia 6/2021, de 22 junio, del Tribunal Militar Territorial Tercero, JUR 2021\319864. ECLI: ECLI:ES:TMT:2021:72 (FJ 3). Ponente: José Luis Herrero García. Se ubica en la sección primera del capítulo III: «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio». La diferencia estriba en el incumplimiento del elemento normativo en sustitución del adverbio modal injustificadamente «que la jurisprudencia de la Sala 5.^a de lo Militar del Tribunal Supremo identificó, desde muy antiguo, (véase la STS^a de 3 de octubre de 2000) como tal elemento normativo del tipo. En este sentido, el Alto Tribunal ha sido constante al interpretar que el adverbio injustificadamente “no hace referencia a la concurrencia de las causas de justificación, sino que expresa que la ausencia del destino, para que sea delito, debe estar en desacuerdo con el marco normativo, legal y reglamentario, que regula el deber de presencia de los militares en su unidad de destino”». Tribunal Militar Territorial Segundo. Sentencia de 4 octubre 2019. JUR 2019\340257 (FJ 2.º). Ponente: María Ángeles Martínez Mena [ECLI: ECLI:ES:TMT:2019:126].

⁴⁹ DOMÍNGUEZ BASCOY, J. y MARTÍNEZ ALCANIZ, A. (2017), Los delitos contra los deberes del servicio (II)” en DE LEÓN VILLALBA, F. J., JUANES PECES, A., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L (Dirs.) y LÓPEZ LORCA, B (Coord.). (2017), *El Código Penal Militar de 2015 Reflexiones y Comentarios*. Tirant lo Blanch, Tratado, Valencia, p. 740.

«se configura a partir del incumplimiento de los deberes de presencia y disponibilidad propios del militar profesional, (art. 5 RROO, de 28 de diciembre de 1978 (RCL 1979, 90, 395) , art. 20 RROO, de 6 de febrero de 2009 (RCL 2009, 253); deberes que, constituyendo el bien jurídico que citado artículo protege, le obligan a someterse al necesario control de sus mandos mientras mantenga su vinculación con las Fuerzas Armadas; vinculación no afectada por cualquier circunstancia de enfermedad. Y ello en aras de atender las altas misiones que a aquellas, constitucionalmente, vienen encomendadas (STS 20-1-2010) (RJ 2010, 245) y 10-2-2010). Enervándose, la responsabilidad penal subsiguiente a tal incumplimiento, solo en el caso de concurrir “justificación”, cuya acreditación corresponde al interesado. Debiendo destacarse, a los anotados efectos, que dicho tipo penal no protege la infracción de la referida norma reglamentaria y sí tan solo, como se ha indicado, la infracción del deber de los mencionados deberes de disponibilidad y presencia»⁵⁰.

4.1. BIEN JURÍDICO

El bien jurídico tiene carácter dual, ya que «en primer lugar recoge los deberes de presencia física del militar y, en segundo término, los deberes de disponibilidad y necesario control de los mandos respecto al personal militar que les está subordinado»⁵¹.

El bien jurídico lo constituye «el deber de presencia, la efectiva prestación del servicio y el control de los militares por sus mandos a fin de poder satisfacerse el deber de permanente disponibilidad para el servicio»⁵². En esta línea se ha calificado al bien jurídico

⁵⁰ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 22 febrero 2011. ECLI: ECLI:ES:TS:2011:1609 (FJ 4.º). Ponente: Benito Gálvez Acosta.

⁵¹ SEDANO LORENZO, A. (2011), El delito militar de abandono de destino. *Op. cit.*, p. 10. El autor añade que «el bien jurídico protegido por el delito de abandono de destino es la presencia física, la disponibilidad y el control efectivo de los mandos respecto a su personal subordinado. Ello es fundamental para el mantenimiento de los principios de disciplina, orden y jerarquía que caracterizan la peculiar organización castrense en aras al mejor cumplimiento de las altas misiones que la Carta Magna encomienda a las Fuerzas Armadas». Véase: HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. (2003), Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia. *Op. cit.*, p. 122.

⁵² DOMÍNGUEZ BASCOY, J. y MARTÍNEZ ALCANIZ, A. (2017), Los delitos contra los deberes del servicio (II). *Op. cit.*, p. 742.

«como supraindividual, pues pretende proteger intereses pertenecientes al estado que no tienen un referente inmediato en el individuo. En suma, se protegen las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema, en este caso lo valioso del servicio, para que las altas misiones encomendadas a las instituciones armadas de naturaleza militar sean eficaces, en aplicación de lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución Española»⁵³.

Asimismo, el bien jurídico protegido

«se identifica con el cumplimiento de elementales obligaciones militares que forman parte del núcleo esencial de la relación jurídica que vincula a los miembros de las Fuerzas Armadas, como son los deberes de presencia, disponibilidad, localización y sometimiento al control de sus mandos, sin cuya observancia no cabe que los Ejércitos cumplan las misiones que constitucional y legalmente tienen encomendadas (Sentencia de 17 de Marzo de 2015 (RJ 2015, 1469), entre otras muchas)»⁵⁴.

4.2. LA ESTRUCTURA DEL TIPO. TIPO BÁSICO Y CUALIFICADO

El tipo se constituye como alternativo al recoger dos conductas⁵⁵: el hecho de ausentarse y la no presentación en el destino. Es decir, se trata de conductas consistentes en alejarse o marcharse del destino o residencia⁵⁶. En este sentido, Domínguez Bascoy y Martínez Alcañiz afirman que

⁵³ *Ibid*, p. 742. Hernández Suárez añade que «la tipificación de los delitos militares adquiere su sentido último en la esfera de la antijuridicidad material, antijuridicidad que se refiere a la ofensa del bien jurídico que la norma quiere proteger, a la lesión en la eficacia de las FAS, es decir, al desvalor del resultado». HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. (2003), Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia. *Op. cit.*, p. 120. Martín Delpón afirma que «el delito de abandono de destino se corresponde de manera inmediata con el bien jurídico del deber de presencia de los militares mientras que de modo mediato responde a la necesidad de protección del concepto, más amplio, de servicio». MARTÍN DELPÓN, J. L. (2019), El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar *Op. cit.*, p. 251.

⁵⁴ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia 75/2018 de 20 julio. ECLI: ECLI:ES:TS:2018:2935 (FJ 5.º). Ponente: Clara Martínez de Careaga y García.

⁵⁵ DOMÍNGUEZ BASCOY, J. y MARTÍNEZ ALCANIZ, A. (2017), Los delitos contra los deberes del servicio (II) *Op. cit.*, p. 743.

⁵⁶ *Ibid*, p. 741.

«el tipo básico configurado en el art. 56 del CPM presenta dos modalidades de ausencia ilegítima, una propia y otra impropia. La primera es aquella por la que el militar, incumpliendo la normativa vigente, se ausenta de su unidad, destino o residencia por más de tres días; mientras que la segunda es aquella en la que el militar no se presenta, pudiendo hacerlo, en su unidad, destino o residencia incumpliendo la normativa vigente y transcurrido el plazo de tres días desde que debió efectuar su incorporación⁵⁷. [...] la primera requiere un movimiento corporal de ausentarse físicamente de la unidad de destino abandonándola y la segunda exige la no realización de una conducta, no presentarse en dicha unidad pudiendo hacerlo»⁵⁸.

Se trata de una conducta activa que requiere el desplazamiento del militar⁵⁹. No obstante, también se ha afirmado que «el delito de abandono de destino o residencia se configura como un delito de omisión, pues si bien el núcleo de la conducta está constituido por la ausencia, la esencia de los mismos reside en la omisión del deber de presencia exigible, la no presencia en la unidad, destino o lugar de residencia del sujeto obligado a ello»⁶⁰.

Se trata de un delito de mera actividad y permanente, ya que no requiere resultado⁶¹, y la conducta requiere el «mantenimiento de una situación antijurídica»⁶². También se trata de un delito de propia mano, ya que no hay lugar a la autoría mediata⁶³.

⁵⁷ *Ibid*, p. 741.

⁵⁸ MARTÍN DELPÓN, J. L. (2019) El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar. *Op. cit.*, p. 345.

⁵⁹ En este sentido, se ha afirmado que «desde un punto de vista formal el delito de abandono de destino o residencia, en su modalidad propia, constituye una conducta activa, pues el tipo ni ha recogido expresamente un comportamiento punible de omisión pura que conlleva el incumplimiento de la acción ordenada en el tipo, ni ha descrito un comportamiento punible de omisión no causal y resultado o de comisión por omisión, en los que se exige un resultado; además, la norma jurídica que se infringe es una norma de prohibición, lo que nos conduce a comportamientos activos». DOMÍNGUEZ BASCOY, J. y MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A. (2017), Los delitos contra los deberes del servicio (II). *Op. cit*, p. 741.

⁶⁰ GÓMEZ HIDALGO, J. I. (2004), Delitos militares contra el deber de presencia. En especial el abandono de destino o residencia. *Revista española de derecho militar*, 84, p. 298.

⁶¹ DOMÍNGUEZ BASCOY, J. y MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A. (2017), Los delitos contra los deberes del servicio (II), *Op. cit*, p. 742.

⁶² *Ibid*, p. 743.

⁶³ *Ibid*, p. 743.

El tipo cualificado se caracteriza por la comisión del tipo en las situaciones indicadas (conflicto armado o estado de sitio) y por la reducción de los plazos de ausencia (a veinticuatro horas)⁶⁴.

4.3. ELEMENTOS DEL TIPO

Los elementos típicos son: 1.º La condición de militar del sujeto activo. 2.º. El elemento objetivo «consistente en la ausencia del destino y/o del lugar de residencia durante más de tres días, o no presentarse, pudiendo hacerlo. 3.º. Elemento normativo consistente en aquella ausencia se produzca “incumpliendo la normativa vigente”, lo que supone que el tipo penal militar debe resultar complementado por otra normativa vigente extrapenal»⁶⁵.

En relación con el elemento subjetivo, aunque se trata de una conducta dolosa, se ha puesto de relieve que

«nada hay en la naturaleza de esta figura que haga imposible la tipificación de la comisión culposa e, incluso, ello podría resultar recomendable. Hay que tener en cuenta a este respecto que el dolo debe abarcar todos los elementos de la acción típica, es decir, tanto la ausencia en sí misma considerada, como el que esta se entienda durante los plazos legalmente establecidos para la consumación del delito. De la misma manera, ha de alcanzar también al carácter injustificado del abandono de destino o residencia, pero, si este no se hallase cubierto por la culpabilidad del sujeto, se nos presentaría un caso corriente de error sobre la prohibición»⁶⁶.

⁶⁴ *Ibid*, p. 740.

⁶⁵ En este sentido, los tribunales han recordado que «respecto al elemento normativo de este tipo penal la jurisprudencia anterior al vigente Código Penal Militar ya venía exigiendo, para que la ausencia revista caracteres de delito, la necesidad de que esta sea contraria al marco legal y reglamentario del deber de presencia del militar, constituido por las diversas normas administrativas que regulan el mismo, de tal manera que la ausencia típica “es la que se produce y mantiene al margen del marco normativo legal y reglamentario regulador del deber de presencia y los demás intereses jurídicos que la norma protege” (SSTS, de la Sala 5.ª, de 4 de marzo y 13 de junio de 1998, 7 de octubre de 1999, 3 de octubre de 2000, 1 de junio de 2001, 14 de diciembre de 2007, 11 de noviembre y 9 de diciembre de 2010, las del Pleno de 22 de marzo y 17 y 31 de mayo de 2011, 14 de mayo, 26 de octubre y 14 de diciembre de 2012, 31 de octubre de 2013, y la de 27 de enero de 2014, entre otras muchas)». Tribunal Militar Territorial Tercero. Sentencia 6/2021 de 22 junio. JUR 2021\319864. ECLI: ECLI:ES: TMT:2021:72 (FJ 3). Ponente: José Luis Herrero García.

⁶⁶ MIGUEZ MACHO, L. (1994), La nueva regulación de los delitos militares de deserción y de abandono de destino o residencia. *Revista española de derecho militar*, 64, p. 189.

Por otro lado, también se ha afirmado que «el delito de abandono de destino o residencia no describe en su letra ningún “elemento subjetivo del injusto”, negado por la doctrina y la jurisprudencia, aunque en algún momento han existido voces defendiendo su concurrencia». En este sentido, se propone la existencia del elemento con carácter implícito «consistente en el “ánimo de abandono” temporal, que permitiría corregir el posible carácter formal del art. 56 CPM, y unificaría dos delitos que históricamente van de la mano, como son el delito de abandono de destino y residencia y el delito de deserción»⁶⁷.

Con el tipo se «sanciona no solo el incumplimiento del deber de presencia en la Unidad de destino, sino también la infracción del deber de disponibilidad permanente para el servicio en que se coloca el militar que, injustificadamente, con infracción del marco legal o reglamentario correspondiente, queda fuera del control de sus mandos»⁶⁸. A este respecto, «la tipificación del delito militar en general, y el abandono de destino en particular, se contrae básicamente al desvalor del resultado atendida la, normalmente, escasa relevancia de la acción»⁶⁹. Tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo,

«tales deberes de presencia y disponibilidad subsisten para el militar mientras mantenga su vinculación con los Ejércitos y esté en situación de actividad, aunque ocasionalmente pueda encontrarse de baja para el servicio por enfermedad, como recientemente hemos confirmado en Sentencias de 3, 11, 17 y 25 de noviembre y 1 y 9 de diciembre de 2010, que recogen el Acuerdo de la Junta General de la Sala, celebrada el 13 de octubre de 2010, en el que se reitera que “la relación jurídica que vincula al militar con las Fuerzas Armadas, no desaparece ni se suspende por el hecho de que aquel se encuentre en situación de enfermedad o lesión que le impida prestar el servicio propio de éstas”. Efectivamente la situación de baja médica, en que transitoriamente puedan encontrarse los militares, podrá producir sus efectos en cuanto a la prestación efectiva de los servicios, pero no les excusa necesariamente del deber de presencia y, en ningún caso, de la permanente

⁶⁷ JIMÉNEZ JIMÉNEZ, L. A. (2023), Elementos subjetivos del injusto en el delito militar de abandono de destino o residencia. *Diario La Ley*, 10206.

⁶⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, I. (2015), *Los derechos fundamentales de los militares*. Ministerio de Defensa, Madrid, p. 255 y ss.

⁶⁹ SEDANO LORENZO, A. (2011), El delito militar de abandono de destino... *Op. cit.*, p. 2.

disponibilidad y sumisión al control de sus mandos, que constituye el presupuesto elemental para la observancia de otros deberes»⁷⁰.

Por tanto, se trata de un delito doloso, «requerente del dolo genérico que consiste en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo (elemento intelectual del dolo) y actuar conforme a dicho conocimiento (elemento volitivo), sin necesidad de adicionales elementos subjetivos que el tipo penal no exige (Sentencias 22.11.2004 (RJ 2005, 2490); 25.10.2005; 18.02.2008; 01.10.2009 (RJ 2009, 6258); 29.01.2010 y 04.02.2010, entre otras)»⁷¹.

4.4. PLAZO DE AUSENCIA Y PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO Y FRAGMENTARIEDAD

El plazo de ausencia es determinante para apreciar el tipo penal, ya que determinará si la conducta es constitutiva de delito o de infracción administrativa.

La Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas establece una serie de infracciones relacionadas con el abandono de residencia y el abandono de destino.

En el artículo 6.21 se establece como infracción «la inobservancia de las normas relativas al deber de residencia de los miembros de las Fuerzas Armadas». En esta conducta, si el militar «se encuentra de baja temporal para el servicio, deberá de residir en su domicilio habitual, salvo dictamen médico en contrario. La infracción consistirá en el incumplimiento de estos deberes»⁷². Por tanto, el deslinde con el artículo 56 del CPM «derivará del lapso temporal en el que el militar se ausente, incumpliendo la normativa vigente, de su lugar de residencia; para que sea delito deberá de ausentarse por más de tres días»⁷³. Para la consumación del delito «el tiempo durante el que debe prolongarse la ausencia ha de superar los tres días —“por más de tres días”, en expresión del precepto comentado— debiendo computarse ese tiempo de momento a momento, es decir desde el momento en que comienza la ausencia del lugar de residencia hasta el momento en el que

⁷⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, I. (2015), *Los derechos fundamentales de los militares*. *Op. cit.*, p. 255 y ss.

⁷¹ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 1 diciembre 2010. ECLI: ECLI:ES:TS:2010:7253 (FJ 1.º). Ponente: Francisco Menchen Herreros.

⁷² ROMERO LUCAS, I. M. (2016), Las faltas leves, en *Manual Básico de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas* (2016). Tribunal Militar Central. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, p. 125.

⁷³ *Ibid*, p. 126.

se regresa al lugar de residencia»⁷⁴. En ese marco, el Tribunal Supremo recuerda que

«la STS, 5ª, de 1 de julio de 2014 (RJ 2014, 4400) —recurso núm. 18/2014— señalaba que “como ya se recordaba en Sentencia de 2 de febrero de 2004, en el delito de abandono de destino el cómputo de dicho plazo [de tres días] debe realizarse de momento a momento, como ya estableció esta Sala en sentencias 29.11.1994 y 15.7.1999 y ello es así cuando los plazos inicial y final estén determinados o resulten determinables, no cuando el *dies a quo* y el *dies ad quem* estén fijados en toda su extensión, en cuyo caso por aplicación del principio *pro reo*, se debe considerar que el cómputo se extiende y comprende las veinticuatro horas del día”⁷⁵.

La falta del artículo 6.19 establece como infracción «no comunicar a sus superiores, dentro del plazo de veinticuatro horas y sin causa justificada, la existencia de causa que pudiera justificar la ausencia del destino o puesto desempeñado. El plazo se computará desde el momento en que el interesado debía estar presente en el destino, puesto o centro docente militar de formación». Esta conducta «no sanciona la ausencia del servicio, sino la falta de comunicación a los superiores del motivo que impide su presentación al servicio, antes de que transcurran veinticuatro horas y sin causa que lo justifique. Supone, por tanto, una demora o retraso de menos de 24 horas en remitir la justificación»⁷⁶. Se protege «la eficacia del servicio que se verá lógicamente afectado por no haber informado con la debida antelación a sus superiores de la razón que pudiera justificar su ausencia del destino o puesto, no concediéndoles la posibilidad de adoptar las decisiones pertinentes para que el servicio no se viera afectado, por ejemplo, previéndose, en el caso de que se autorizase la ausencia, su sustitución por otro militar»⁷⁷.

El artículo 6.20 de la Ley Orgánica 8/2014 establece como infracción «no incorporarse o ausentarse, injustificadamente, del destino o puesto desempeñado, o del centro docente militar de formación en el que curse sus estudios, por un plazo inferior a veinticuatro horas, que se computará

⁷⁴ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia 97/2021 de 4 noviembre. RJ 2021\5445. ECLI: ECLI:ES:TS:2021:4010 (FJ 2.º). Ponente: Fernando Marín Castán.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ ROMERO LUCAS, I. M. (2016), *Las faltas leves*. *Op. cit.*, p. 124.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 124.

de momento a momento, siendo el inicial aquel en que el interesado debía estar presente en el destino, puesto o centro docente militar de formación». Con la infracción «se sanciona tanto la no incorporación al destino o puesto o del centro docente militar de formación, como la ausencia temporal del mismo una vez incorporado. El adverbio injustificadamente hace referencia no a causas de justificación, sino a contar con permiso o autorización de sus superiores, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esto es, en contra de la normativa vigente»⁷⁸.

Como falta grave contra el deber de presencia y disponibilidad destaca la infracción recogida en el artículo 7.21⁷⁹, que consiste en «no incorporarse o ausentarse, injustificadamente, de su destino, del puesto desempeñado o del centro docente militar de formación en el que curse sus estudios, por un plazo superior a veinticuatro horas, que se computará de momento a momento, siendo el inicial aquel en que el interesado debía estar presente en el destino, puesto o centro docente militar de formación». Por el adverbio injustificadamente «no debe entenderse como causa de justificación sino relacionado con que el ausente se halle autorizado por sus superiores para no comparecer a su puesto de destino o como ha entendido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo, que la ausencia sea contraria a la normativa vigente»⁸⁰.

A la hora de deslindar conductas típicas penales y administrativas «es la propia norma disciplinaria la que establece la norma para realizar el cómputo del tiempo, estableciendo, que se computará de momento a momento, siendo el inicial aquel en el que el interesado debía estar presente en el destino, puesto o centro docente»⁸¹. Hay que tener en cuenta que «el deslinde con la falta grave del art. 7.21 radica en la falta de incorporación o ausencia por más de veinticuatro horas. Con el delito del art. 56 del CPM la diferencia es el lapso temporal, más de tres días; con el delito de deserción del art. 57, el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones; y con el abandono de servicio de armas del art. 67 CPM, por ausentarse de esos servicios»⁸².

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ CASADO DE LAS HERAS, P. (2016), Las faltas graves, en *Manual Básico de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas* (2016). Tribunal Militar Central. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, p. 169.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.* p. 168.

⁸² ROMERO LUCAS, I. M. (2016), Las faltas leves. *Op. cit.*, p. 124.

En definitiva, «se deduce que en ningún caso la ausencia del destino no superior a tres días tiene la consideración de delito y sí, en cambio» de infracción administrativa⁸³.

5. EL «INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA VIGENTE», ¿UNA NORMA PENAL EN BLANCO?

5.1. SOBRE LA REMISIÓN A NORMATIVA ADMINISTRATIVA

En relación con el tipo del artículo 56, es doctrina (STSS^a de 11 de mayo de 2017) que uno de los elementos objetivos consiste en el «el incumplimiento de la normativa vigente que viene a sustituir al adverbio modal “injustificadamente” que utilizaba la oración típica del artículo 119 del derogado»⁸⁴. Aunque se ha discutido si se trata de una norma penal en blanco⁸⁵, lo cierto es que

«la contravención de la normativa administrativa no constituye de por sí un hecho penalmente típico, sino el no sometimiento al control y disponibilidad de los mandos militares, ya que lo que colma la conducta de desvalor jurídico-penal es la sustracción a dicho control y permanente disponibilidad, el desentenderse de la obligación de permanecer, en todo momento, incluso en situación de baja por enfermedad, bajo dicho control y, por ende, disponible, y, en segundo término, el plazo, superior a tres días, de la ausencia»⁸⁶.

El Tribunal Militar Territorial Tercero recuerda que la jurisprudencia emanada «tras los acuerdos adoptados en el pleno no jurisdiccional de 13 de octubre de 2010, compendiados en la sentencia de 14 de marzo de 2011 y reiterada en numerosísimas sentencias posteriores, interpretó *a contrario*

⁸³ MARTÍN DELPÓN, J. L. (2019), El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar. *Op. cit.*, p. 273.

⁸⁴ TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL TERCERO. Sentencia 6/2021 de 22 junio. JUR 2021\319864. ECLI: ECLI:ES:TMT:2021:72 (FJ 3). Ponente: José Luis Herrero García.

⁸⁵ DOMÍNGUEZ BASCOY, J. y MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A. (2017), Los delitos contra los deberes del servicio (II). *Op. cit.*, p. 746.

⁸⁶ TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL SEGUNDO. Sentencia de 4 octubre 2019. JUR 2019\340257 (FJ 2.º). [ECLI: ECLI:ES:TMT:2019:126]. Ponente: María Ángeles Martínez Mena.

sensu que “la ausencia justificada es la que se atiene al marco normativo regulador de los deberes de presencia y disponibilidad”⁸⁷. En definitiva, «no solo el artículo 56 no es una ley penal en blanco porque no responde a la esencia de esta técnica legislativa sino también porque su núcleo de prohibición ha permanecido inalterado desde 1985 [...] la conducta ilícita incluida en el artículo 56 se encuentra suficientemente determinada, sin necesidad de que forzosamente haya que acudir a normativa administrativa para integrar el tipo»⁸⁸. No puede obviarse que

«con carácter general deberá existir un menoscabo del bien jurídico que protege la norma penal para hallarnos ante una conducta delictiva, es decir, si el sujeto está disponible, localizable y sometido a cierto control militar, entendemos que la simple infracción de las normas vigentes que regulan las ausencias de los militares no sería delictiva, al no ponerse en peligro ni lesionarse el bien jurídico de la norma penal militar, hallándonos, pues, ante una infracción disciplinaria»⁸⁹.

El Tribunal Supremo destacó que

«de lo anterior no cabe deducir que la figura penal de abandono de destino reúna las características de los tipos penales en blanco, cuya perfección se anuda a la infracción de otra normativa integradora o complementaria —señaladamente la mencionada Instrucción—, en la medida en que no se está ante un delito creado para castigar infracciones reglamentarias, sancionables en la vía disciplinaria, sino como reacción punitiva frente a la afectación de aquellos bienes jurídicos que el tipo penal protege, cuya lesión o puesta en peligro habrá de verificarse en todo caso (Sentencias 22.12.2006; 27.12.2007 (RJ 2008, 1577); 03.11.2008 (RJ 2008, 7982) y 04.02.2010)»⁹⁰.

⁸⁷ TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL TERCERO. Sentencia 6/2021 de 22 junio. JUR 2021\319864. ECLI: ECLI:ES:TMT:2021:72 (FJ 3). Ponente: José Luis Herrero García.

⁸⁸ MARTÍN DELPÓN, J. L. (2019), El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar. *Op. cit.*, p. 302-305.

⁸⁹ DOMÍNGUEZ BASCOY, J. y MARTÍNEZ ALCANIZ, A. (2017), Los delitos contra los deberes del servicio (II). *Op. cit.*, p. 749.

⁹⁰ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 1 diciembre 2010. ECLI: ECLI:ES:TS:2010:7253 (FJ 1.º). Ponente: Francisco Menchen Herreros.

5.2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA SITUACIÓN DE BAJA MÉDICA

El proceso de tramitación de baja médica se regula en la Instrucción 1/2013, de 14 de enero, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio del Personal Militar⁹¹.

Martin Delpón subraya que

«tanto la situación de baja médica como la determinación de la residencia habitual podrían tener una clara incidencia en el supuesto de un posible delito de abandono de destino o residencia. Por ello, conviene recordar las notas más importantes de esta autorización por motivos médicos. La primera es que la solicitud, por sentido común debe resolverse con la mayor brevedad posible y “como máximo en un plazo de diez días hábiles contados desde la fecha en que tenga entrada en el registro del órgano competente para su resolución”. Se mantiene, siguiendo la estela ya utilizada en este Real Decreto, el silencio administrativo positivo. Dicha autorización de residencia temporal deberá estar acompañada de aquellos requerimientos que estimen necesario para el seguimiento y control de la baja por los servicios competentes»⁹².

Entre las obligaciones de la instrucción destaca la obligación «a residir durante el tiempo que dure la baja en el lugar donde tenga autorizado su domicilio habitual, salvo dictamen o informe desfavorable de la Sanidad Militar o del facultativo correspondiente en el ámbito de protección social que corresponda. Cuando la baja temporal se produzca en una plaza diferente a ésta, tendrá derecho a residir en su domicilio habitual siempre y cuando el dictamen o informe médico no lo desaconseje o imposibilite». En esta línea, la Instrucción añade que «durante el periodo de baja se podrá residir en lugar distinto del domicilio habitual con la autorización expresa del jefe de la UCO» (Dispongo Segundo)⁹³.

En relación con las contingencias comunes se resalta que «el jefe de la UCO en los tres días siguientes a la recepción del parte de solicitud de baja y previo dictamen o informe médico de baja deberá acordarla y comuni-

⁹¹ TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL TERCERO. Sentencia 6/2021 de 22 junio. JUR 2021\319864. ECLI: ECLI:ES:TMT:2021:72 (FJ 3). Ponente: José Luis Herrero García.

⁹² MARTÍN DELPÓN, J. L. (2019), El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar. *Op. cit.*, p. 291.

⁹³ *Ibid*, p. 363 y ss.

carla al interesado. Si transcurrido el plazo de tres días no se acordase se entenderá que ha sido concedida» (Dispongo cuarto).

Por otro lado, «el jefe de la UCO podrá dictar Resolución motivada determinando el alta para el servicio en los siguientes supuestos: a) Cuando exista solicitud del servicio médico de la Sanidad Militar de extinción o revocación de la baja. b) Cuando el interesado, previo requerimiento, no haya presentado parte de confirmación de baja» (Dispongo Cuarto).

5.3. LA ENFERMEDAD COMO IMPEDIMENTO EN LOS DEBERES DE PRESENCIALIDAD O DESPLAZAMIENTO

Cuando se produce un conflicto entre la salud o la integridad física y el deber de presencia o disponibilidad permanente debe realizarse un juicio de ponderación de ambos valores. En este sentido, los tribunales han valorado los servicios concretos y el perjuicio sufrido en contraposición a las dolencias alegadas por los militares, reconociéndose casos en los que prevalece el derecho fundamental a la integridad física⁹⁴. Algunos autores se han planteado si

«¿Cualquier infracción de la norma administrativa sobre bajas médicas puede desembocar en el delito de abandono de destino o residencia? A título de ejemplo, si un militar de las Fuerzas Armadas remite la solicitud de baja a su unidad pasados tres días desde la emisión del informe médico que describe la patología, pero previamente ha comunicado su indisposición ¿este comportamiento sería constitutivo de delito?»⁹⁵.

En este contexto, han considerado que

«el delito militar analizado no es puramente formal, exige, en todo caso, un menoscabo de lo valioso del control militar y deber de presencia y disponibilidad permanente. Evidentemente, con carácter general puede suceder que se inicien actuaciones judiciales tendentes a investigar estos hechos en sede penal, bien a través del procedimiento

⁹⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, I. (2015) *Los derechos fundamentales de los militares*. *Op. cit.*, p. 182-183.

⁹⁵ DOMÍNGUEZ BASCOY, J. y MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A (2017). Los delitos contra los deberes del servicio (II). *Op. cit.*, p. 749.

especial denominado diligencias preparatorias bien a través de unas diligencias previas, cauce procesal que permite al Juez Togado instructor esclarecer los hechos sin necesidad de radicar el procedimiento penal in strictu sensu que serían aquellas diligencias preparatorias. En las actuaciones judiciales previas debería determinarse si la conducta del investigado resulta constitutiva de delito, al menoscabarse el bien jurídico que protege la norma penal militar o, de lo contrario, podría tratarse de una infracción disciplinaria, como por ejemplo la tipificada en el art. 8.12 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Con carácter general deberá existir un menoscabo del bien jurídico que protege la norma penal para hallarnos ante una conducta delictiva, es decir, si el sujeto está disponible, localizable y sometido a cierto control militar, entendemos que la simple infracción de las normas vigentes que regulan las ausencias de los militares no sería delictiva, al no ponerse en peligro ni lesionarse el bien jurídico de la norma penal militar, hallándonos, pues, ante una infracción disciplinaria⁹⁶. [...] la justificación de la ausencia o la imposibilidad de presentarse en el destino por razón de enfermedad, requiere la constancia de este hecho en la Unidad acompañada de la correspondiente baja médica, lo que excluye el deber de presencia pero no el de permanente disponibilidad, localización y control por los mandos de la Unidad y por la Sanidad Militar en los términos previstos en la reiterada Instrucción 169/2001, cuya observancia vinculada a aquella prueba del dicho elemento negativo del tipo, corresponde al militar que no se atiene a las previsiones de esta reglamentación»⁹⁷.

En la línea de lo anterior, es destacable que

«el control del militar en cualquier situación incluida la baja temporal, corresponde a la Autoridad Militar, que en todo momento debe conocer la situación de disponibilidad inmediata o los plazos en que se podrá producir, control este que verificará a través de la Sanidad Militar, así como de los partes de baja de la Sanidad concertada, pudiendo requerir la presencia personal del militar de baja, ya sea por razones administrativas o de estricto control, que deberá ser atendida por el subordinado en todos los casos en que la enfermedad no lo impida. Todo ello incide de alguna manera en el servicio y en el funcionamiento de

⁹⁶ *Ibid* p. 749.

⁹⁷ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 1 diciembre 2010. ECLI: ECLI:ES:TS:2010:7253 (FJ 1.º). Ponente: Francisco Menchen Herreros.

las Unidades, así como en las previsiones para el desarrollo funcional de la actividad militar en el marco de las misiones específicas de la Unidad, produciéndose la situación de antijuridicidad formal y material por la vulneración del deber de disponibilidad en cuanto a la localización y posible indagación de la evolución sanitaria, precisándose (sentencia de 25 de febrero de 2002), “el obligado control por el mando de la situación de baja o aptitud para el servicio en cada momento”, especialmente cuando, como en este caso, se produce por un tiempo dilatado y con las circunstancias concurrente antes analizadas»⁹⁸. Por otro lado «la constancia de la enfermedad en la Unidad acreditada con el correspondiente informe de baja excluye el deber de presencia, pero no el de permanente disponibilidad, localización y control por los mandos de la Unidad y por la Sanidad Militar»⁹⁹.

También es relevante el Fundamento de Derecho Sexto de la STS de 21 de enero de 2005, en la que se indica que

«en definitiva, como, según resulta de todo lo anterior, el recurrente, al decidir someterse a la intervención quirúrgica en la fecha prevista, ejerció legítimamente, sin extransgresión ninguna, su derecho fundamental a su integridad física, preservando su salud, solo cabe concluir con arreglo a derecho que su ausencia de la Unidad estuvo

⁹⁸ Véase: TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 17 de noviembre de 2010 (FJ 2.º). Ponente: Francisco Javier de Mendoza Fernández. En este sentido, véase. TRIBUNAL SUPREMO (Sala Quinta, de lo Militar). Sentencia de 25 de mayo de 2005 (FJ 3.º). Ponente: Agustín Corrales Elizondo. ES:TS:2005:3380.

⁹⁹ TRIBUNAL SUPREMO (Sala Quinta, de lo Militar). STS de 7 de marzo de 2011 (FJ 2.º). Ponente: Francisco Javier de Mendoza Fernández. El Tribunal reitera que tal y «como se dijo en la Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 2005 “El control del militar en cualquier situación incluida la baja temporal, corresponde a la autoridad militar, que en todo momento debe conocer la situación de disponibilidad inmediata o los plazos en que se podrá producir, control este que verificará a través de la sanidad militar, así como de los partes de baja de la sanidad concertada, pudiendo requerir la presencia personal del militar de baja, ya sea por razones administrativas o de estricto control, que deberá ser *atendida* por el *subordinado* en todos los *casos* en que la *enfermedad* no lo *impida*. Todo ello incide de alguna manera en el servicio y en el funcionamiento de las unidades, así como en las previsiones para el desarrollo funcional de la actividad militar en el marco de las misiones específicas de la unidad, produciéndose la situación de antijuridicidad formal y material por la vulneración del deber de disponibilidad en cuanto a la localización y posible indagación de la evolución sanitaria, precisándose (sentencia de 25 de febrero de 2002), ‘el obligado control por el mando de la situación de baja o aptitud para el servicio en cada momento’, especialmente cuando, como en este *caso*, se produce por un tiempo dilatado y con las circunstancias concurrentes antes analizadas”». Véase: SEDANO LORENZO, A. (2011), El delito militar de abandono de destino... *Op. cit.*, p. 14.

justificada, lo que conduce a casar la sentencia de instancia y dictar otra con arreglo a derecho, bien por no concurrir todos los elementos del tipo (el legislador ha incluido en su descripción el término “injustificadamente”), bien por concurrir la circunstancia eximente 7ª del artículo 20 del Código penal»¹⁰⁰.

Por último, y en relación con todo lo anterior, la Sala Quinta del Tribunal Supremo señala que¹⁰¹

«es preciso reseñar que con la finalidad de unificar los criterios de interpretación del tipo penal de abandono de destino, y su aplicación a los casos de ausencia injustificada, o prolongación injustificada de una ausencia inicialmente justificada, la Sala, en el Pleno no jurisdiccional celebrado con fecha 13 de Octubre de 2010, adoptó determinados Acuerdos para resolver, con carácter general y sin perjuicio de la apreciación de las circunstancias específicas del caso, este tipo de situaciones. Estos Acuerdos se han ido plasmando en Sentencias posteriores, pudiendo sintetizarse nuestra doctrina ya consolidada, conforme a lo expresado en la citada Sentencia de 17 de marzo de 2015, en la que, a su vez, se cita la de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011, 1686) , en los siguientes términos:

- a) La ausencia justificada a efectos penales es la que se atiene al marco normativo regulador de los deberes de presencia y disponibilidad (SS. 3 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8490) y 11 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8494)).

¹⁰⁰ TRIBUNAL SUPREMO (Sala Quinta, de lo Militar). STS 21 de enero de 2005 (FJ 6.º). Ponente: José Luis Calvo Cabello. Sedano Lorenzo subraya que «la mera situación de enfermedad no se equipara a la justificación de la ausencia [...]». Lo relevante es concretar, en los supuestos de accidente o enfermedad, cuáles son los trámites o actuaciones que debe realizar el interesado para cumplir con esos deberes de localización o conocimiento de su disponibilidad para los mando. En la práctica, habrá que estar caso por caso a la decisión de los mandos y al grado de exigencia de estos de la Instrucción, es decir, estamos a la expectativa de las exigencias administrativas. Efectivamente, no puede pretenderse que sea el propio interesado quien decida unilateralmente cuándo se encuentra en disposición o no de cumplir sus obligaciones». SEDANO LORENZO, A. (2011), El delito militar de abandono de destino... *Op. cit.*, p. 14.

¹⁰¹ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia 75/2018 de 20 julio. ECLI: ECLI:ES:TS:2018:2935 (FJ 5.º). Ponente: Clara Martínez de Careaga y García. Véase: TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 14 de marzo de 2011. ECLI: ECLI:ES:TS:2011:1422 (FJ 1.º). Ponente: Ángel Calderón Cerezo.

- b) La mera situación de enfermedad no se equipara a la justificación de la ausencia (SS. 3 de noviembre de 2010 , 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8497) y 1 de Diciembre de 2010 (RJ 2010, 8694))¹⁰².
- c) En los casos de enfermedad dicho marco normativo de carácter reglamentario ha estado representado hasta fecha reciente por la Instrucción 169/2001, de 31 de julio (RCL 2001, 2257) , de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa y actualmente por la Instrucción 1/2013, de 14 de enero (RCL 2013, 67) de la misma Subsecretaría (SS. 3 de noviembre de 2010 y 22 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1677)).
- d) La autorización reglamentaria no agota las posibilidades de justificación típica de la ausencia, porque el delito de Abandono de destino no es tipo penal en blanco ni ilicitud meramente formal que descansa en el incumplimiento de preceptos administrativos (SS. 3 de noviembre de 2010 y 11 de noviembre de 2010)¹⁰³.
- e) Lo que resulta relevante para la justificación típica es la demostración no solo de la situación de enfermedad, sino que al margen de la citada Instrucción se observaron no obstante los deberes inherentes a la plena disponibilidad, esto es, que el sujeto activo estuvo localizable, disponible para el mando y sometido a control militar dentro del plazo legalmente establecido (SS. 3 de noviembre de 2010 , 11 de noviembre de 2010, 21 de enero de 2011 (RJ 2011, 304) y 27 de enero de 2011 (RJ 2011, 934)).

¹⁰² En este sentido, el Tribunal Supremo añade que «aunque la parte recurrente sostenga que la mera situación de enfermedad se equipara, en todo caso, a la justificación de la ausencia; ello no es así, porque como tenemos declarado de manera invariable, y se ha reiterado muy recientemente en Acuerdo de la Junta General de la Sala, celebrada el 13.10.2010 y en Sentencias de pleno jurisdiccional posteriores (STS de 03.11.2010 (RJ 2010, 8490) y 17.11.2010 (RJ 2010, 8497)), la situación de baja por enfermedad no suspende el contenido de la relación jurídica militar, sino que produce sus efectos en cuanto a la prestación del servicio (Sentencias 28.04.2003; 25.10.2005; 09.10.2006 (RJ 2006, 8402), entre otras). Subsiste, por tanto, la relación jurídica de la que forman parte principal los deberes de presencia en el destino y permanente disponibilidad de los militares, deberes que son objeto de protección mediante la figura penal de que se trata, en la medida en que la exigencia del cumplimiento de dichas obligaciones con la consiguiente localización y sometimiento al debido control de los mandos, resulta básica e imprescindible para que las Fuerzas Armadas cumplan las misiones que constitucional y legalmente tienen encomendadas (sentencias 11.05.2006 (RJ 2006, 3701); 09.10.2006; 22.11.2006; 12.12.2008 (RJ 2008, 7997); 12.11.2009; 29.01.2010 y 04.02.2010 (RJ 2010, 1602), entre otras)». TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 1 diciembre 2010. ECLI: ECLI:ES:TS:2010:7253 (FJ 1.º). Ponente: Francisco Menchen Herreros.

¹⁰³ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 1 diciembre 2010. ECLI: ECLI:ES:TS:2010:7253 (FJ 1.º). Ponente: Francisco Menchen Herreros.

- f) La prueba de la justificación de la ausencia producida al margen de dicho marco normativo incumbe a quien lo alegue (SS. 3 de noviembre de 2010 , 11 de noviembre de 2010 , 31 de enero de 2011 (RJ 2012, 8568) y 21 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1290))¹⁰⁴; y
- g) Resulta irrelevante la decisión unilateral del sujeto obligado, en cuanto a la forma de observar los deberes que le incumben, y, en particular, en cuanto a tramitar las bajas por enfermedad y someterse al control de la Sanidad Militar (SS. 22 de febrero de 2011 y 7 de marzo de 2011 (RJ 2011, 1682))¹⁰⁵.

6. PROPOSICIONES CONCLUSIVAS

En lo referente a los datos estadísticos, la mayoría de las noticias citadas en la introducción se centran en la Ciudad Autónoma de Ceuta, circunstancia que generó la necesidad de conocer si a nivel estadístico existía algún indicio que permitiese situarla como una ciudad «criminógena» o si simplemente se trataba de una falsa sensación fruto de las recurrentes publicaciones por parte de *El Faro de Ceuta*. No puede obviarse el hecho de que la ciudad, ubicada en el norte de África, se encuentra a una hora en barco de Algeciras, es decir, existe cierta facilidad en el traslado de aquellos militares que tengan la intención de desplazarse incumpliendo la normativa. Sin embargo, en las estadísticas oficiales no existen datos sobre la ciudad autónoma, es decir, que clasifiquen los delitos según los juzgados togados. No obstante, sí es cierto que el tribunal militar territorial del que dependen las plazas de Ceuta y Melilla, el Tribunal Militar Territorial Segundo, destaca sobre el resto de los tribunales en el enjuiciamiento de este tipo de delitos. Durante los últimos años ha presentado las tasas más elevadas, tal y como se puede observar en las ilustraciones 2 y 3. Por lo tanto, es necesario que las estadísticas oficiales descompongan los datos atendiendo a los juzgados togados, de tal forma que se pueda analizar la incidencia del delito en las ciudades autónomas.

Desde el punto de vista de la política criminal, eliminar el delito de abandono de destino o residencia reubicándolo como una infracción más

¹⁰⁴ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 21 febrero 2011. ECLI: ECLI:ES:TS:2011:1231 (FJ 3.º). Ponente: Javier Juliani Hernán.

¹⁰⁵ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia 75/2018 de 20 julio. ECLI: ECLI:ES:TS:2018:2935 (FJ 5.º). Ponente: Clara Martínez de Careaga y García. Véase: TRIBUNAL Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 14 de marzo de 2011. ECLI: ECLI:ES:TS:2011:1422 (FJ 1.º). Ponente: Ángel Calderón Cerezo.

junto con el resto de infracciones existentes en el mismo sentido (arts. 6.19, 6.20 o 7.21) supone un error que no atiende a las circunstancias analizadas. ¿Cómo se puede proponer la eliminación del delito que más se comete en la jurisdicción militar? Se trata de un delito que se sigue cometiendo a pesar de existir un reproche penal. Por lo tanto, rebajar la amenaza penal a amenaza sancionadora generaría el mensaje de que la conducta carece de importancia, es insignificante o de escasa entidad, y podría provocar su incremento en sede administrativa. Si la amenaza penal no genera una reducción de la comisión del delito, el derecho administrativo sancionador tampoco solucionará la cuestión. En esta línea, tal y como indican los autores, es importante acabar con el efecto de desnaturalización del efecto disuasorio de la pena, de tal forma que se pueda reforzar el derecho penal.

Por otro lado, desde el punto de vista de las garantías procesales, el hecho de que se investigue como delito y no como una infracción grave o muy grave implica la competencia de un juez imparcial, lo que evita que el asunto se dirima en la propia unidad o a través de la Asesoría Jurídica.

Las propuestas de despenalización no atienden a los factores estratégicos. Actualmente existen amenazas en el entorno que requieren reforzar la disciplina de las Fuerzas Armadas y su presencialidad. El hecho de que en el seno de la Unión Europea se hayan eliminado los conflictos bélicos no puede generar la caída en la inopia. No deben olvidarse la perspectiva geopolítica y las graves amenazas o intereses contrapuestos a los nacionales que se encuentran en el entorno. Rebajar el grado de disciplina supone un acto de desarme del Estado, pues empeora la eficacia de sus Fuerzas Armadas y, por ende, vulnera la defensa nacional. La guerra de Ucrania y los problemas que se están generando en el «flanco sur» hacen necesario reforzar la disciplina y, por ende, mantener este tipo de delitos.

El delito de abandono de destino no requiere de un resultado, se trata de un delito de peligro. El problema de la conducta radica en la posible imitación generalizada de la misma (no se puede olvidar la apertura de expediente a una quincena de militares por abandonar la plaza por un plazo inferior a tres días sin la correspondiente comunicación) y que esta situación coincida o se produzca junto con una situación de necesidad que no pueda ser solventada por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (como ocurrió con la entrada masiva en Ceuta de inmigrantes). La seguridad y defensa nacional no entiende de segundas oportunidades. Las Fuerzas Armadas siempre deben encontrarse disponibles para actuar con eficacia y deben disponer de herramientas jurídicas que permitan mantener la disciplina y la presencialidad.

En definitiva, se trata de un delito necesario y de especial interés para determinadas plazas ubicadas en el norte de África. No puede obviarse que España posee territorios insulares y ciudades al norte de África que requieren de una presencia permanente de las Fuerzas Armadas de tal forma que se pueda garantizar la integridad de estos territorios ante las distintas amenazas existentes. En este sentido, es necesario recordar que en estas plazas están destinados militares cuyo lugar de origen o residencia familiar se encuentra en otros puntos del país, lo que puede actuar como factor determinante para abandonar las plazas sin obtener la debida autorización o sin comunicar el desplazamiento.

También se ha reflexionado sobre el hecho de reubicar únicamente el primer párrafo del tipo en el ámbito administrativo sancionador y dejar como delito el desvalor de acción que se produce en el segundo apartado cuando la conducta se comete en situación de conflicto armado o estado de sitio. Esta propuesta, salvo mejor criterio, debe descartarse. Actualmente, la sociedad española se encuentra ante amenazas híbridas, como por ejemplo la que constituyó el uso de la inmigración en Ceuta como arma política. Lo mismo podría decirse de la situación en Ucrania. Aunque se trate de un conflicto que, sobre el terreno, afecta a Ucrania, es evidente que los países europeos están alineados a su favor y forman parte del conflicto de manera indirecta. Del mismo modo, caben otras interpretaciones sobre las distintas amenazas y ataques que pueden darse en el ciberespacio. En definitiva, ante la posibilidad de situaciones intermedias, el párrafo primero adquiere especial interés penal y no debe reconducirse al ámbito administrativo. En la actualidad, los conceptos de conflicto armado o estado de sitio están desnaturalizados ante las amenazas híbridas.

Por último, de cara a la prevención del delito debe reflexionarse sobre la reticencia de determinadas unidades a autorizar los desplazamientos fuera de la plaza. En este sentido, para evitar una aplicación poco flexible de la norma, es necesario que se desarrollen medidas que permitan dar transparencia al concepto jurídico indeterminado que ha constituido las necesidades del servicio y la operatividad de las unidades o que se agilice la tramitación y resolución de las solicitudes, de tal forma que no se produzca una negativa reiterada y generalizada por parte de la unidad que obligue al militar a tener que recurrir en alzada, lo que haría que, una vez estimado el recurso, el hecho o necesidad que requirió el desplazamiento fuera de la plaza haya desaparecido.

Desde el punto de vista criminológico hay que ser cautelosos a la hora de afirmar que el delincuente militar no es un delincuente como tal al tratarse de un soldado que no comprende sus deberes profesionales. El

Código Penal ordinario sanciona en otros contextos el incumplimiento de deberes profesionales sin que por ello no se pueda hablar del concepto de delincuente como tal.

La situación de baja médica suele ser un denominador común en este delito. En el caso concreto de Ceuta, y a la vista de las diferentes sentencias y noticias, es importante destacar que los militares en situación de baja no cumplen la orden de pasar la baja en su destino y se trasladan al domicilio familiar, lo que incumple la normativa vigente. En este sentido, el lugar de procedencia o la familia actúan como factores que quebrantan la disciplina del militar, cuyo deseo, ante una situación de baja o inadaptación, es volver a su lugar de origen. Por ello, en la práctica se dan situaciones de militares de Ceuta que se desplazan a Marruecos para ver a sus familiares sin realizar los trámites administrativos correspondientes o de militares procedentes de Andalucía que se ausentan de su destino por periodos en muchos casos inferiores a los tres días para ver a sus familiares.

Desde el punto de vista dogmático, la redacción del tipo y su interpretación es idónea para alcanzar los fines perseguidos. En relación con el elemento subjetivo, toda conducta es dolosa o imprudente. La redacción del tipo recoge la modalidad dolosa, es decir, de conocer y querer ausentarse del destino. La incorporación de un elemento especial subjetivo del injusto que consista en el ánimo de sustraerse al control carece del interés jurídico penal ya que no aporta un interés especial más allá del elemento cognitivo y volitivo de las conductas descritas. Por otro lado, difícilmente puede abandonarse el destino por imprudencia y mantenerse al mismo tiempo ilocalizable.

Se ha discutido sobre la idoneidad del elemento típico consistente en superar el plazo de tres días de ausencia. Se trata de una decisión de política criminal cuyo plazo parece razonable y en sintonía con el plazo establecido en el régimen disciplinario.

En lo referente al control médico, el redoblamiento del control médico con intervención de la sanidad militar es necesario ya que permite mantener un control de la disponibilidad de los efectivos.

La normativa recoge un procedimiento con garantías para que pueda respetarse la situación y los intereses de los militares. En este sentido, se recoge tanto el silencio positivo como la posibilidad de recurrir la denegación o revocación de la baja, que en todo caso debe estar motivada.

También es importante destacar que la jurisdicción militar ha hecho prevalecer la salud de los militares sobre órdenes que, al amparo de la citada normativa, resultaron ser ilegales. En este sentido, conviene recordar el reciente sobreseimiento definitivo de una causa contra un soldado de

regulares de Ceuta cuya baja fue revocada por el coronel jefe del GREG-54, que ordenó su incorporación inmediata, lo que fue incumplido por el afectado, a quien la justicia terminó dándole la razón.

BIBLIOGRAFÍA

- BBC (2021), Ceuta: las impactantes imágenes de la llegada masiva de inmigrantes al territorio español. *BBC News Mundo*, [Consulta: 23/11/2022]. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-57171780#:~:text=Seg%C3%BAAn%20las%20autoridades%20espa%C3%B1olas%2C%20m%C3%A1s, tratar%20de%20contener%20la%20llegada>.
- BOUSSARIE, P. (2021), Más de 1000 menores entraron en Ceuta desde Marruecos [en línea]. *El Mundo*. [Consulta: 23/11/2022]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2021/07/05/60e34189fc6c835f588b463d.html>
- CASADO DE LAS HERAS, P. (2016), Las faltas graves, en *Manual Básico de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas* (2016), Tribunal Militar Central. Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica.
- CEMBRERO, I. (2021), Cuando EE. UU. resolvió, a favor de España, la crisis provocada por un «peñasco» [en línea]. *El Confidencial*, [Consulta: 03/12/2022]. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/mundo/2021-06-14/cuando-eeuu-resolvio-a-favor-de-espana-la-crisis-provocada-por-un_3130771/
- (2022), La policía de Marruecos ya no reconoce las fronteras de Ceuta y Melilla. *El Confidencial*, [Consulta: 03/12/2022]. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/mundo/2022-01-26/la-policia-de-marruecos-ya-no-reconoce-las-fronteras-de-ceuta-y-melilla_3364614/
- DACOBÁ CERVINO, F. J. (2011), Introducción, en *Panorama geopolítico de los conflictos 2021*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa. Subsecretaría de Defensa. Secretaría General Técnica.
- DOMÍNGUEZ BASCOY, J. y MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A. (2017), Los delitos contra los deberes del servicio (II) en DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L (Dir.); y LÓPEZ LORCA, B (Coord.). (2017), *El Código Penal Militar de 2015 Reflexiones y Comentarios*. Tirant lo Blanch, Tratado, Valencia.

- ECHARRI, C. (2022), El suboficial de la Guardia Civil que se fue de baja a Marruecos y mintió. *El Faro de Ceuta*, [Consulta: 12/04/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/suboficial-guardia-civil-fue-baja-marruecos-mintio/>
- EL CONFIDENCIAL DIGITAL (2013), Bajan un 75 % los delitos de abandono de destino en las Fuerzas Armadas. La crisis disuade a los desertores temporales. *El Confidencial Digital*, [Consulta 12/04/2023]. Disponible en: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/defensa/Bajan-Fuerzas-Armadas-desertores-temporales/20130926030000070273.html>
- EL FARO DE CEUTA (2019), Condenado un soldado regular por abandono continuado de su puesto. *El Faro de Ceuta*, [Consulta 12/04/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/condenado-regular-abandono-continuado-puesto/>
- EL FARO DE CEUTA (2021), Condena de cárcel a un soldado por estar ilocalizado durante 8 días. *El Faro de Ceuta*, [Consulta 12/02/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/condena-carcel-soldado-ilocalizado/>
- (2022), Una legionaria condenada a 4 meses de prisión por abandonar su residencia. *El Faro de Ceuta*, [Consulta 12/04/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/legionaria-condenada-prision-abandonar-residencia/>
- (2023a), ¿Es lógico que el jefe autorice la baja médica? En el Ejército sí, critica Atme. *El Faro de Ceuta*, [Consulta: 16/04/2023]. Disponible en <https://elfarodeceuta.es/atme-bajas-medicas-modificacion-normativa/>
- (2023b), Absuelto un soldado de regulares investigado por abandono de destino. *El Faro de Ceuta*, [Consulta: 12/02/2023]. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/absuelto-soldado-regulares-ceuta-investigado-delito-abandono-destino/>
- Estadística de Jurisdicción Militar*: (2006). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2007). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2008). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2009). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2010). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.

- (2011). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2012). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2013). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2014). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2015). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2016). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2017). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2018). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2019). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2020). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- (2021). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Unidad de Estadística del Órgano Central.
- EUROPA PRESS (2022), El TS confirma diez meses de cárcel a un militar de Tablada (Sevilla) por reiterado abandono de destino. [en línea]. *El Confidencial Digital*, [Consulta: 12/02/2023]. Disponible en: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/ultima-hora/ts-confirma-diez-meses-carcel-militar-tablada-sevilla-reiterado-abandono-destino/20221228105246498244.html>
- FERNÁNDEZ GARCÍA, I. (2015), *Los derechos fundamentales de los militares*. Ministerio de Defensa, Madrid.
- GÓMEZ HIDALGO, J. I. (2004), Delitos militares contra el deber de presencia. En especial el abandono de destino o residencia. *Revista española de derecho militar*, 84.
- HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. (2003), Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia. *Revista Española de Derecho Militar*, 82.
- HIKAL, W. (2009), Los factores criminógenos exógenos. *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*.

- Informe Anual de Seguridad Nacional*, (2021), Gobierno de España. Presidencia del Gobierno. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática.
- JIMÉNEZ JIMÉNEZ, L. A. (2023), Elementos subjetivos del injusto en el delito militar de abandono de destino o residencia. *Diario La Ley*, 10206.
- LA VANGUARDIA (2017), Expedientan por falta grave a varios militares de Ceuta por sus viajes a la península. *La Vanguardia*, [Consulta 20/04/2023]. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20170721/424279156676/expedientan-por-falta-grave-a-varios-militares-de-ceuta-por-sus-viajes-a-la-peninsula.html>
- LA VOZ DE GALICIA (2022), La exministra Trujillo asegura que «Ceuta y Melilla son una afrenta a la integridad marroquí» y que su reivindicación está justificada. *La Voz de Galicia*, [Consulta: 03/12/2022]. Disponible en: https://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2022/09/04/exministra-socialista-trujillo-ceuta-melilla-afrenta-integridad-marroqui/0003_202209G4P19991.htm
- MADEU, J. (2018), Ángel Losada: El Sahel es la frontera avanzada de Europa. *La Vanguardia*, [Consulta: 02/11/2022]. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20180729/451156827590/el-sahel-es-la-frontera-avanzada-de-europa.html>
- MARTÍN DELPÓN, J. L. (2007), Evolución histórica de los delitos contra el deber de presencia en el derecho histórico militar: desde el constitucionalismo decimonónico hasta nuestros días. *Cuadernos de Historia del Derecho*, 14.
- (2019), *El delito de abandono de destino y residencia en el código penal militar* [en línea]. [Tesis]. Universidad de Castilla-La Mancha. [Consulta: 23/04/2023]. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/22923>
- MARTÍN, M. y VARO, L. J. (2021), El Ejército se despliega para controlar Ceuta tras la entrada de más de 8000 inmigrantes. *El País*. [Consulta: 23/11/2022]. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2021-05-18/el-ejercito-se-despliega-para-controlar-las-calles-de-ceuta-tras-la-entrada-de-5000-inmigrantes.html>
- MESA GARCÍA, B (2012). *Ceuta y Melilla: una visión de futuro* [en línea]. Instituto Español de Estudios Estratégicos. [Consulta: 2024] Disponible en: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2012/DIEEO03-2012_FuturoCeutayMelilla_BMesa.pdf.

- MIGUEZ MACHO, L. (1994), La nueva regulación de los delitos militares de deserción y de abandono de destino o residencia. *Revista española de derecho militar*, 64.
- MILLÁN GARRIDO, A. (1980). *El delito de deserción militar* [en línea]. [Tesis doctoral inédita]. Universidad de Sevilla. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/24007>.
- MORA TEBAS, J. A. (2021), Conflicto en Tigray (Etiopía): ¿Posible «efecto dominó»? En: *Panorama geopolítico de los conflictos 2021*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid, Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Defensa, Secretaría General Técnica.
- PEÑA, R. (2022), Un año de la peor crisis con Marruecos: 12.000 inmigrantes entraron en Ceuta. *Heraldo*, [Consulta: 12/05/2023]. Disponible en: <https://www.heraldo.es/noticias/internacional/2022/05/15/un-ano-de-la-peor-tesis-con-marruecos-12000-inmigrantes-entraron-en-ceuta-1574521.html>
- RANGEL, P. (2022), Guerra contra el terror después del 11S: Análisis y prospectiva. En: *Panorama estratégico 2022*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid, Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Defensa, Secretaría General Técnica.
- ROMERO LUCAS, I. M. (2016), Las faltas leves. En: *Manual Básico de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas* (2016). Tribunal Militar Central, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica.
- SAHAGÚN, F. (2022), Introducción. El mundo en el tercer año de pandemia. En: *Panorama estratégico 2022*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Defensa, Secretaría General Técnica.
- SÁNCHEZ HERRÁEZ, P. (2021), Sahel: ¡tormenta perfecta de amplitud e intensidad creciente! En *Panorama geopolítico de los conflictos 2021*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Defensa, Secretaría General Técnica.
- SEDANO LORENZO, A. (2011), El delito militar de abandono de destino. la problemática de las bajas médicas como causa de atipicidad e inculpabilidad. especial referencia a la inexigibilidad de otra conducta. *Revista General de Derecho Penal*, 16.
- TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL SEGUNDO (2019). Sentencia de 4 octubre 2019. JUR 2019\340257 (FJ 2º). Ponente: María Ángeles Martínez Mena ECLI: ECLI:ES:TMT:2019:126.
- TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL TERCERO (2021). Sentencia 6/2021 de 22 junio. JUR 2021\319864. ECLI: ECLI:ES:TMT:2021:72 (FJ 3). Ponente: José Luis Herrero García.

- TRIBUNAL SUPREMO (2005) (Sala Quinta, de lo Militar). Sentencia de 25 de mayo de 2005 (FJ 3º). Ponente: Agustín Corrales Elizondo. ES:TS:2005:3380.
- (2005) (Sala Quinta, de lo Militar). STS 21 de enero de 2005 (FJ 6º). Ponente: José Luís Calvo Cabello.
- (2010) (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 1 diciembre 2010. ECLI: ECLI:ES:TS:2010:7253 (FJ 1º). Ponente: Francisco Menchen Herreros.
- (2010) (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 17 de noviembre de 2010 (FJ 2). Ponente: Francisco Javier de Mendoza Fernández.
- (2011) (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 22 febrero 2011. ECLI: ECLI:ES:TS:2011:1609 (FJ 4º). Ponente: Benito Gálvez Acosta.
- (2011) (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 14 de marzo de 2011. ECLI: ECLI:ES:TS:2011:1422 (FJ 1º). Ponente: Ángel Calderón Cezeo.
- (2011) (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia de 21 febrero 2011. ECLI: ECLI:ES:TS:2011:1231 (FJ 3º). Ponente: Javier Juliani Hernan.
- (2011) (Sala Quinta, de lo Militar). Sentencia de 7 de marzo de 2011 (FJ 2º). Ponente: Francisco Javier de Mendoza Fernández.
- (2018) (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia 75/2018 de 20 julio. ECLI: ECLI:ES:TS:2018:2935 (FJ 5º). Ponente: Clara Martínez de Careaga y García
- (2021) (Sala de lo Militar, Sección 1.ª). Sentencia 97/2021 de 4 noviembre. RJ 2021\5445. ECLI: ECLI:ES:TS:2021:4010 (FJ 2º). Ponente: Fernando Marín Castán.
- VALCÁRCEL LEZCANO, D. (1997), Introducción. En: *Ceuta y Melilla en las relaciones de España y Marruecos*. Cuadernos de Estrategia, 91. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- VALDÉS, B. (2023), Absuelta por el Supremo una soldado del Ejército de Tierra condenada a un año de prisión por abandono de destino. *Conflegal*, [Consulta 14/04/2023]. Disponible en: <https://conflegal.com/20230413-absuelta-por-el-supremo-una-soldado-del-ejercito-de-tierra-condenada-a-un-ano-de-prision-por-abandono-de-destino/>

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROCESO PENAL. LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO CAUSADO A VÍCTIMAS Y PERJUDICADOS

Jesús Núñez Celma
Teniente coronel auditor

Resumen

La determinación de la responsabilidad civil derivada de un hecho constitutivo de delito es una de las cuestiones a las que frecuentemente se enfrentan los órganos de la jurisdicción penal y a la que, sin embargo, se presta en general poca atención por parte de la doctrina penal. La finalidad del presente trabajo es llamar la atención sobre los problemas que esta complicada labor genera no pocas veces a los tribunales penales, y en especial sobre su complejidad cuando se trata de concretar esta responsabilidad en relación con los daños morales causados a la víctima del delito. Del mismo modo, también se presta especial atención a la figura del Ministerio Fiscal y a su intervención en nuestro proceso penal como garante de los derechos de las víctimas.

Palabras clave: Responsabilidad civil, Delito, Jurisdicción penal, Daños morales, Víctima del delito, Ministerio Fiscal.

Abstract

The determination of civil liability arising from an act constituting a crime is one of the issues frequently faced by the organs of the criminal

jurisdiction. However, the criminal doctrine tends not to pay much attention to it. The purpose of this paper is to draw attention to the problems that this complicated task often generates for the criminal courts, and especially to its complexity when it comes to determining this liability in relation to the moral damages caused to the victim of the crime. Also, special attention is paid to the figure of the Public Prosecutor's Office and to its intervention in our criminal proceedings as guarantor of the rights of the victims.

Keywords: Civil Liability, Crime, Criminal Jurisdiction, Moral Damages, Victim of the Crime, Public Prosecutor's Office.

Sumario

1 Introducción. 2 Origen y antecedentes de la responsabilidad civil *ex delicto*. 2.1 Primeros antecedentes. La reparación del delito a partir del derecho romano. 2.2 La etapa codificadora. 2.3 Tratamiento en los códigos penales militares. 3 A vueltas con la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*. 4 La responsabilidad civil *ex delicto* en el ordenamiento español vigente. 4.1 Derecho español y derecho comparado. 4.2 Ventajas e inconvenientes del sistema español. 4.3 Soluciones apuntadas por la doctrina para la mejora de nuestro sistema de determinación de la responsabilidad civil *ex delicto*. 4.4 El sistema de valoración de la ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. 4.5 Aplicación del baremo en los delitos dolosos. 5 Especial referencia a la determinación del *quantum* de la indemnización por responsabilidad civil *ex delicto* en concepto de daños morales. 5.1 Daño moral y hechos probados. 5.2 Determinación del daño moral en relación con determinados ilícitos penales. 5.3 Determinación del daño moral en los pronunciamientos de los órganos de la jurisdicción militar. 6 El ministerio fiscal como garante de los derechos de las víctimas.

1. INTRODUCCIÓN

En una primera aproximación al derecho procesal, y con carácter general, podríamos afirmar que la jurisdicción —cualquiera, no solo la penal— tiene por finalidad la resolución de un conflicto mediante la aplicación del derecho material que corresponda en función de la naturaleza de tal conflicto. Tratándose de un conflicto penal, el instrumento a través del cual llegaríamos a su solución sería el proceso penal.

De este modo, en el caso del proceso penal se dirime el conflicto entre el acusado, aquel que presuntamente ha cometido un hecho tipificado

como delito, y la sociedad o, más concretamente, el Estado, a quien se atribuye el uso del *ius puniendi* para la defensa del orden jurídico conculcado.¹

La exposición de motivos de la LECrim. de 1882 decía:

«Con idéntico criterio resuelve el nuevo Código las demás cuestiones fundamentales del Enjuiciamiento. En materia penal hay siempre dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse. El carácter individualista del derecho se ostenta en el sistema acusatorio, en el cual se encarna el respeto á la personalidad del hombre y á la libertad de la conciencia, miéntras que el procedimiento de oficio ó inquisitivo representa el principio social y se encamina preferentemente á la restauración del orden jurídico perturbado por el delito, apaciguando al propio tiempo la alarma popular»².

Esta idea básica del proceso penal en el que acusador y acusado asumen el papel protagonista mientras la víctima queda relegada a un mero figurante ha sido la predominante y la asumida en general por nuestra doctrina desde que a finales de la Edad Media se atribuyera al Estado el ejercicio del *ius puniendi*. No obstante, desde hace relativamente poco la situación ha cambiado gracias, fundamentalmente, a la aparición, tras la Segunda Guerra Mundial, de la rama de la criminología denominada «victimología»³.

¹ MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V. (2003), *Introducción al Derecho Procesal*. UNED. 4.ª Edición, pp. 202-203.

«El proceso se caracteriza por una relación triangular [...] del que se destaca, de un lado, la supremacía del tercero-juez, en tanto que titular de la potestad jurisdiccional y, de otro, la situación de enfrentamiento o contradicción en la que se encuentran las partes, las cuales se denominan “actor” o “demandante” y “demandado” en el proceso civil, laboral y administrativo, y parte “acusadora” y “defensa” en el proceso penal [...]. Pues bien, esta situación triangular surge como consecuencia del ejercicio del derecho de acción o de «tutela» (art. 24.1 CE), que es el primer derecho constitucional de incidencia procesal que ha de ser ejercitado para que pueda nacer el proceso [...] dicho derecho de acceso no asiste exclusivamente al actor o acusador, sino que también se le ha de otorgar al demandado o al imputado. Este derecho de acceso de la parte pasiva al proceso se le denomina “derecho de defensa”, que también se encuentra protegido por el art. 24.2 de la CE. [...]. Una vez dentro del proceso, ambas partes han de gozar de todo un conjunto de derechos y garantías de incidencia procesal».

² España (1882), Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Gaceta de Madrid*. 17 de septiembre. Número 260. Tomo III, p. 804.

³ Dice al respecto CANO SOLER que: «Se establece así una relación bilateral entre el infractor y el poder punitivo del Estado, que es el que posee el monopolio del *ius puniendi* para responder a los ataques más intolerables contra los bienes jurídicos esenciales de la comunidad, quedando la víctima excluida de su propio conflicto. Es en ese momento cuando el Derecho Penal se asienta en lo que se ha dado en llamar “neutralización de la víctima”».

Decimos que el fenómeno es relativamente reciente pues la atribución a la víctima de un papel —quizá todavía no como uno de los protagonistas en el proceso penal, pero al menos sí como actor secundario— no surge sino a partir de los años ochenta del pasado siglo xx.

En el ámbito internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, mediante Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. En su apartado 1 establece que «se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder». Además, en su apartado 4 añade que «las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional».

En este sentido no cabe olvidar que el artículo 10 de la Constitución Española establece que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» y que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Esta mayor atención a la víctima del delito se observa ya en nuestra legislación con la aprobación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y con la entrada en vigor de la Ley 4/2105, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Esto no quiere decir que una adecuada atención a la situación de las víctimas y una reparación integral del daño causado a las mismas deba llevar a una correlativa desatención de la figura del delincuente, sujeto pasivo, acusado o procesado que podría conducir, como apunta Cruz Parra⁴,

CANO SOLER, M. Á. (2014), *La protección de los derechos y garantías de las víctimas en la mediación penal*. Universidad de Granada, p. 14.

⁴ CRUZ PARRA, J. A. (2013), *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*. Editorial de la Universidad de Granada, p. 59. Señala el autor que: «La euforia por devolver el protagonismo del proceso

a un cierto retorno de la «venganza privada» (tesis abolicionistas) o a una merma de las garantías penales del investigado. En definitiva, se trata de devolver a la víctima el protagonismo que le fue robado durante tanto tiempo y de garantizar su atención integral en el marco de un Estado de derecho al cual corresponde el ejercicio del *ius puniendi*.

La preocupación por la adecuada protección de la víctima en el proceso penal fue puesta ya de manifiesto —antes de la entrada en vigor de los textos legales citados— por la Fiscalía General del Estado (FGE) que, en su Instrucción 1/1992, de 15 de enero, sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil, señala la necesidad de que el ejercicio de la acción civil y de la penal de manera conjunta debe ser eficaz. Además, debe llevar a que el Ministerio Fiscal inste las medidas necesarias para la protección económico-social de la víctima, aun cuando ello suponga una recarga de trabajo tanto para los fiscales como para los órganos judiciales, pues «es la única forma de que se dé debido cumplimiento al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española y a que se dé un paso más en nuestro país en la protección a la víctima del delito»⁵.

El ejercicio de la acción civil derivada del delito en el seno del proceso penal, tan criticado por un sector de nuestra doctrina —especialmente por parte de los civilistas—, cuenta con una particularidad: la posibilidad de este ejercicio por parte del Ministerio Fiscal sin necesidad de personación del perjudicado salvo en los supuestos de reserva o de renuncia expresa de este a dicha acción, posibilidad procesal que dota a nuestro sistema de una serie de garantías a pesar de sus posibles deficiencias y desventajas, que precisamente redundan en esa protección integral de las víctimas a la que cada vez se presta mayor atención.

penal a la víctima entraña no pocos peligros. En un extremo, el de la vuelta a las tesis punitivas expiatorias, amparada desde una óptica política populista, y la consecuente merma en materia de garantías del imputado en pro del desiderátum justiciero. En el extremo opuesto, el peligro de que la exaltación de soluciones alternativas termine llevando a la abolición del propio derecho penal.»

⁵ Párrafos 1.º y 2.º de la Instrucción 1/1992 FGE:

«La protección a la víctima del delito no se agota con la sanción penal al delincuente, sino que debe lograr su satisfacción reparándose todos los efectos del delito. El ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal, salvo excepciones, debe tener en el proceso penal eficacia suficiente para no convertirse en un nuevo alarde burocrático carente de sentido.

Por eso es necesario llamar ahora la atención de los fiscales sobre la necesidad de iniciar y sustanciar, desde el momento procesal oportuno, según el tipo de proceso de que se trate, las llamadas piezas de responsabilidad civil y de adoptar, con carácter urgente, las medidas cautelares de protección económico-social de la víctima.»

Por ello, Moreno Catera ha llegado a denominar al Ministerio Fiscal como «actor civil público» en cuanto parte necesaria y pública del proceso penal que ejerce, en los términos expuestos, una acción de naturaleza civil destinada a la reparación integral del daño causado al perjudicado⁶.

Tal atribución se muestra especialmente relevante en aquellos supuestos en que la acción civil no es sostenida por el perjudicado, momento en que el Ministerio Público se constituye en la única garantía de la reparación integral del daño sufrido por este. Por eso, consideramos interesante exponer en este trabajo el decisivo papel que debe jugar el Ministerio Fiscal, también en la jurisdicción militar, como garante de la protección integral de la víctima desde el punto de vista de la determinación y satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*.

2. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

2.1. PRIMEROS ANTECEDENTES. LA REPARACIÓN DEL DELITO A PARTIR DEL DERECHO ROMANO

Decíamos en la introducción que en el momento en que el Estado moderno asume el ejercicio del *ius puniendi* el proceso penal se concibe como un mecanismo de solución del conflicto surgido entre delincuente y sociedad de modo que el perjudicado —la víctima— va quedando paulatinamente relegado a un segundo o tercer plano hasta que, en fechas recientes y como consecuencia de la aparición de corrientes como la psicología social o la victimología, empieza a corregirse esa situación de desatención de los perjudicados por este conflicto derivado de la comisión de un ilícito penal.

Sin embargo, históricamente el punto de partida de la solución del conflicto era el opuesto, el ejercicio de la «venganza privada» frente a la comisión del delito, lo que dejaba al delincuente en manos del ofendido para que este pudiera resarcirse por el daño o mal sufrido.

Como es lógico, el hecho de dejar en manos de los particulares ofendidos la posibilidad de infligir cualquier mal sin limitación alguna al culpable del delito condujo a situaciones de violencia exacerbada, puesto que, muchas veces, la tendencia innata en el ser humano no es obtener justicia

⁶ Citado por ARNÁIZ SERRANO, A. (2004),. *La acción civil en el proceso penal: Elementos subjetivos*. Madrid, Universidad Carlos III, p. 160.

sino venganza. Ello hizo necesario introducir límites al ejercicio de esa justicia privada, límites que aparecen ya en la denominada «ley del talión» recogida en el Código de Hammurabi (siglo xvii a. C.), que buscaban establecer una cierta proporcionalidad entre el daño sufrido por la víctima del delito y el castigo aplicado al culpable.

Este sistema de «venganza privada» también se acoge en la Ley de las XII Tablas, aunque esta contempla asimismo la reparación económica para la reparación del *damnum*, que finalmente se generalizará a partir de la Lex Aquilia sin que ello suponga en ese momento una diferenciación entre pena y responsabilidad civil derivada del delito.

En un principio, la Lex Aquilia establece la posibilidad de sustituir la pena por el resarcimiento económico, sin necesidad de previo acuerdo entre las partes, en los casos de daños materiales causados a cosas, animales y esclavos. Posteriormente, tanto el pretor (*actiones utilis e in facto*) como el jurisconsulto trataron de ampliar esta regla a otros supuestos.

Es a partir de la época republicana cuando el derecho romano empieza a distinguir entre los *crimina*, de carácter público, y los *delicta*, de carácter privado y fuente de obligaciones civiles, si bien es cierto que no llegó a establecerse claramente una diferenciación entre la pena y la reparación civil, pues ambos conceptos se confundían incluso en la época clásica, cuando Gayo diferenciará entre las acciones penales para la reparación del daño y las acciones para la obtención de la pena y la reparación⁷.

La importancia de la configuración de la reparación penal y civil del delito a lo largo de la evolución de las instituciones romanas tendrá su eco en siglos posteriores, especialmente a partir del siglo xii, en la doctrina de los glosadores y de los comentaristas, lo que será el germen de la verdadera teoría de la responsabilidad civil *ex delicto* tal y como se configurará en los Estados modernos, sobre todo ya en los siglos xvii y xviii⁸.

⁷ Para un estudio más profundo sobre los antecedentes de la acción civil para la reparación del daño derivado del delito en el derecho romano puede consultarse: FUENTESECA DEGENEFFE, M. (2021), *Poena privata, poena criminis y responsabilidad civil derivada del delito*. Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo. Tomo X, 4. Acciones y penas. Editorial BOE.

⁸ «Con la recuperación, a partir del siglo xii, del legado jurídico romano, la tradición aquiliana continuará su desarrollo a través de la doctrina de los glosadores, que acabarán ensanchando sus fronteras hasta acoger dentro de su esfera de aplicación algunas formas de daños no puramente patrimoniales, especialmente los asociados a la comisión de un homicidio. Y sus continuadores, los comentaristas, avanzarán, aún más, en este proceso de generalización, iniciando la conversión de la antigua acción romana en un remedio de naturaleza esencialmente civil, mediante la gradual eliminación de aquellos elementos de neto carácter penal, como los mecanismos de valoración de los daños que permitían a la víctima recuperar más de lo que había supuesto su pérdida, la regla de la duplicación de la indemnización

Por la importante influencia que tuvo en nuestro derecho merece la pena destacar el legado del jurista francés Jean Domat (1625-1696). Bermejo Castrillo⁹ señala que será este autor

«quien, recogiendo la herencia del derecho romano, impregnada de los principios de la moral cristiana y de las contribuciones de la escuela del derecho natural, [...] el primero en marcar una clara separación entre la sanción penal, que debe ser asegurada por el Estado, y la reparación civil, que es de interés exclusivo de los particulares. Al mismo tiempo que, sentando las bases de un principio general de responsabilidad por culpa, anticipará también una distinción, de muy largo recorrido posterior, entre la culpa que deviene de la contravención de un compromiso contractual, la que está vinculada a la comisión de un delito y aquella que no tiene relación con las anteriores y tiene su base en la negligencia o la imprudencia, como serían los casos de los daños producidos por las cosas arrojadas de una casa, por la ruina de un edificio, por la provocación de un incendio o la acción de los animales mal guardados; siendo esta tercera forma la que desarrollaría en el título que iniciaba, ya que los delitos no deben ser mezclados con las materias civiles».

Un siglo más tarde será J. R. Pothier quien realizará la delimitación entre los delitos y los cuasidelitos, para lo que señalará que los delitos ocasionan un daño por la concurrencia del dolo mientras que los cuasidelitos no requieren ese dolo pero dan lugar a la causación de un daño por imprudencia o culpa no excusable.

2.2. LA ETAPA CODIFICADORA

La mayoría de los autores entiende que la obra de Jean Domat tiene una influencia decisiva y determinante en la redacción del código civil francés de 1804, en el que se consagra ya nítidamente la diferenciación entre respon-

cuando el acusado negase su autoría, o la inviabilidad de la acción contra los herederos del responsable. Sin embargo, solamente con la consolidación de los Estados nacionales en los albores de la modernidad, la concentración del poder público y la densificación de la trama burocrática permitieron la persecución pública de los antiguos delitos privados, al tiempo que se avanzó en la configuración del concepto de responsabilidad —todavía no cristalizado— como una obligación de reparar los perjuicios efectivamente causados». BERMEJO CASTRILLO, M. A. *Op. cit.* p. 17.

⁹ BERMEJO CASTRILLO, M. A. (2016), *Responsabilidad civil y delito en el derecho histórico español*. Editorial Dykinson, pp. 18-19.

sabilidad civil contractual y extracontractual y se distingue a su vez dentro de la segunda la responsabilidad por los daños derivados del ilícito penal y la responsabilidad que tiene su origen en actos no constitutivos de delito¹⁰.

El modelo del Código Civil francés de 1804 se extenderá al resto de códigos europeos y también será decisivo en la redacción de nuestro Código Civil de 1889, que además partirá de lo recogido al respecto en el proyecto de 1836. Este ya clasificaba las fuentes de las obligaciones distinguiendo entre contratos y cuasicontratos, y delitos y cuasidelitos, y anticipaba la remisión al Código Penal para una regulación específica de la obligación de reparar los daños derivados del delito.

De esta manera, el Código Civil español de 1889 vino a consagrar definitivamente esa distinción entre daños resarcibles que tienen su origen en un ilícito penal, y cuya regulación quedará reservada al ordenamiento penal, y aquellos otros daños derivados de conductas no delictivas, que se regirán por el ordenamiento común o civil. Tal distinción había quedado ya legalmente plasmada en nuestro Código Penal de 1822.

En nuestra doctrina se suele admitir que el origen de la introducción de este sistema en nuestro ordenamiento jurídico se debe al carácter tardío e irregular del proceso codificador en nuestro país, cuya Constitución de 1812 estableció en su artículo 258 que «el Código Civil, el criminal y el de comercio debían ser los mismos para toda la monarquía». Veinte años después se promulgaba el primer Código Penal (CP) de la monarquía. Sin embargo, la codificación de la legislación civil sería más compleja por diversas cuestiones como las derivadas de las especialidades propias de nuestros derechos forales, por lo que el legislador optó por introducir entre los preceptos del CP de 1822 las disposiciones relativas a la responsabilidad civil para que la reparación de los daños derivados de un hecho delictivo no quedase sin cobertura legal¹¹.

El Código Penal de 1848 ya recogerá la formulación tradicional del principio según el cual toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente y supondrá el inicio de los «enfrentamientos» entre civilistas y penalistas acerca de la naturaleza civil o penal de dicha responsabilidad.

¹⁰ Si bien no falta quien, como Cristián Aedo Barrena, considera que no puede asumirse que las disposiciones del *Code* siguieran la perspectiva filosófica, moral y antropológica de Domat en materia de responsabilidad civil y, particularmente, a propósito de la *faute*. AEDO BARRENA, C. (2017), ¿Siguió el Código Civil francés el pensamiento de Domat en materia de culpa (*faute*) extracontractual? *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, 3, pp. 629–651.

¹¹ ARNÁIZ SERRANO, A. (2004), *La acción civil en el proceso penal: Elementos subjetivos*. Madrid, Universidad Carlos III.

2.3. TRATAMIENTO EN LOS CÓDIGOS PENALES MILITARES

El 29 de marzo de 1880 se constituye en España la Comisión de Codificación Militar con la finalidad de reformar la legislación reguladora de la Administración de Justicia en los Ejércitos de Tierra y Mar. De esta manera, el 15 de julio de 1882 quedaba aprobada la Ley de Bases para la Reforma de la Justicia Militar¹², cuyo artículo 1 disponía que «se autoriza al Gobierno de S. M. para que, oyendo á la Comisión de codificación militar, redacte y publique las leyes de organización, atribuciones y procedimientos de los Tribunales militares y los Códigos penales para el Ejército y Armada, con sujeción á las siguientes BASES».

La base 12.^a establecía que «los Códigos penales, así dél Ejército como de la Armada, además de inspirarse en los antiguos preceptos de las Ordenanzas poniéndolos en armonía con los adelantos de la ciencia del derecho, se adaptarán en lo posible á las prescripciones de la ley penal común».

Siguiendo esos criterios básicos adoptados en el seno de la Comisión de Codificación Militar, seguidamente se aprobarían el Código Penal del Ejército y el de la Marina de Guerra.

El primero en entrar en vigor sería el Código Penal del Ejército, de 17 de noviembre de 1884, en cuya redacción se aprecia claramente la influencia del Código Penal de 1870.

Se estructuraba en dos libros: el primero relativo a las «Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables y las penas», y el segundo relativo a la regulación «De los delitos y sus penas».

En su preámbulo se afirmaba que el Código transcribe, de la ciencia penal común, «[...] los principios compatibles con la milicia, prefiriendo cuerdamente reunir con claridad en un solo cuerpo de doctrina todas las disposiciones que conviene tener á la vista para su acertada aplicación, á multiplicar referencias y citas enojosas que producen oscuridad y son, á menudo, manantial de lamentables errores».

De este modo, en el título III del libro I (artículos 15 a 17), bajo la rúbrica «De la responsabilidad civil que nace del delito», se recoge una regulación de esta materia prácticamente idéntica a la contenida en el CP de 1870, a su vez heredera de la incluida en el CP de 1848.

¹² España (1882), Ley de Bases para la Reforma de la Justicia Militar. *Gaceta de Madrid*. 19 de julio. Tomo III, p. 217.

El artículo 15¹³ establece el principio general de que «toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente» y añade, a continuación, el contenido de esa responsabilidad civil *ex delicto*: restitución de la cosa objeto del delito, reparación del daño causado, e indemnización de perjuicios. Al regular la reparación del daño causado, el artículo 15 también especifica que la misma se fijará atendiendo no solo al precio de la cosa sino también al de «afección» al perjudicado.

El artículo 16¹⁴ regula los supuestos de pluralidad de responsables civiles con aplicación del criterio de reparto de la responsabilidad por cuotas y del principio de responsabilidad solidaria de autores, cómplices y encubridores, en sus respectivas clases, en caso de insolvencia de alguno de ellos. Por su parte, el artículo 17 regula la responsabilidad civil subsidiaria de los mismos.

No obstante, se trata de un código de aplicación en el ámbito de la jurisdicción militar o jurisdicción de guerra, lo cual se refleja en el artículo 18, que establece que la declaración de la responsabilidad civil que pueda resultar contra «personas no sometidas al procedimiento criminal militar» corresponderá a la jurisdicción ordinaria y añade que, si dicha responsabilidad recae en «individuos del Ejército» por actos u omisiones referentes al «servicio», será apreciada y «exigida gubernativamente por las Autoridades militares» conforme a los reglamentos. De modo que, en tales casos, la responsabilidad civil se limita a las acciones u omisiones referentes al servicio con la particularidad, además, de que será exigida por las autoridades militares.

¹³ Artículo 15:

«Toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente. La responsabilidad civil comprende:

1.º La restitución de la misma cosa objeto del delito, siendo posible, ó de su valor en otro caso, con abono siempre de los deterioros ó menoscabos que regule el Tribunal.

2.º La reparación del daño causado, que también regulará el Tribunal, atendido el precio de la cosa y el de afección del perjudicado.

3.º La indemnización de perjuicios, que comprenderá los que se hubiesen causado, no solo al agraviado, sino también á su familia ó á un tercero».

¹⁴ Artículo 16:

«En el caso de ser dos ó más los responsables civilmente de un delito, el Tribunal señalará la parte de que deba responder cada uno.

Sin embargo, los autores, los cómplices y los encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes á los demás responsables que sean insolventes».

Artículo 17: «La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva primero en los autores, después en los cómplices, y por último, en los encubridores, dejándoles á salvo el derecho de repetir contra los demás ante los Tribunales ordinarios».

Por otra parte, el artículo 93¹⁵ se remite a las reglas del derecho civil en lo referente a la extinción de la responsabilidad civil *ex delicto*.

Pocos años después de la entrada en vigor del mencionado Código Penal para el Ejército de Tierra entrará en vigor el Código Penal de la Marina de Guerra, promulgado el 24 de agosto de 1888.

El CP de la Marina de Guerra se estructura en tres libros. El primero se dedica a las «Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables y las penas», el segundo a los «Delitos que deben ser juzgados en consejo de guerra y sus penas», y el tercero a las «Faltas que deben ser juzgadas en consejo de disciplina, y sus penas» y a las «Faltas que deben ser corregidas gubernativamente y sus castigos».

El capítulo único del título III del libro I (artículos 27 a 30), bajo la rúbrica «De la responsabilidad civil que nace del delito ó falta» contiene una regulación prácticamente idéntica a la recogida en el Código Penal del Ejército de 1884. Este código tuvo una vigencia muy corta, posiblemente por la dificultad técnica que suponía su aplicación para el estamento militar y también por el brusco cambio que había significado en cuanto a la regulación de la materia en relación con la contenida hasta el momento en las Reales Ordenanzas.

Ello dio lugar a la aprobación del Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890 para el Ejército de Tierra, en cuya exposición se alude a esa necesidad de volver al espíritu de las Reales Ordenanzas haciendo referencia a la Ley de atribuciones y organización de los Tribunales Militares, al Código Penal del Ejército y a la Ley de Enjuiciamiento Militar, aprobadas entre 1884 y 1886. De este modo, la exposición de motivos señala que «Dichos cuerpos legales, inspirados en el mejor deseo, separábanse, no obstante, en ciertos puntos, del espíritu de las reales Ordenanzas, y fué indispensable buscar en ellas nuevos moldes para devolver á las clases militares el prestigio, y á la institución armada las garantías que son el más firme sostén de la jurisdicción de Guerra».

Debe destacarse que en este Código Penal no solo se introduce la regulación de la materia propiamente penal en el tratado segundo bajo la rúbrica de «Las leyes penales», sino también una parte orgánica en el tratado primero, relativo a la «Organización y atribuciones de los Tribunales Militares», y otra de carácter procesal en el tratado tercero bajo la rúbrica de «Procedimientos militares».

¹⁵ Artículo 93: «La responsabilidad civil nacida del delito, se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción á las reglas del derecho civil».

En lo referente a la competencia de la jurisdicción militar —jurisdicción de guerra—, el artículo 11 enumera «la competencia de la jurisdicción de guerra en materia civil» y dispone que dicha jurisdicción serán competente para conocer, en materia civil, «de las responsabilidades civiles declaradas en sentencias firmes ó en providencias de sobreseimiento definitivo por los Tribunales ó Autoridades judiciales del Ejército, mientras el procedimiento se limite á la via de apremio contra los sentenciados y sus bienes»¹⁶.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en las plazas de África, que según el artículo 159 del Código se consideraban «en constante estado de guerra», de los negocios judiciales de carácter civil que se promovieran en la plaza de Ceuta conocía, en primera instancia, el comandante general de la plaza y su auditor, y en las restantes plazas de África, la autoridad militar que en ellas ejerciera jurisdicción (artículo 160). Sin embargo, como indica el artículo 161, «en los negocios judiciales de carácter civil que se promuevan en las plazas de África se aplicarán los preceptos y procedimientos de la legislación ordinaria».

Dentro del tratado segundo, que contiene la regulación relativa a la materia penal, el título IV (artículos 219 a 221), bajo la rúbrica de «La responsabilidad civil que nace del delito», recoge el principio de que toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente, pero, a diferencia de los precedentes códigos, incluye una remisión expresa a los preceptos del Código Penal común¹⁷.

De esta manera, el artículo 220 se limita a recoger la distinción —que ya se establecía en el Código Penal del Ejército y en el de la Marina de Guerra— entre aquellos no sujetos a la jurisdicción militar y los individuos del Ejército que han actuado en relación con el servicio, y a remitirse a las normas de derecho civil en lo relativo a la extinción de la responsabilidad civil *ex delicto* (artículo 221)¹⁸.

¹⁶ De acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, «si surgieren cuestiones que exijan declaración de derechos civiles, se someterá su resolución á los Tribunales del fuero común, suspendiendo, con relación á dichas cuestiones, todo procedimiento, el cual continuará después de resueltas».

¹⁷ Artículo 219: «Toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente con sujeción á los preceptos del Código penal común».

¹⁸ Artículo 220: «La declaración de la responsabilidad civil que pueda resultar contra personas no sometidas al procedimiento criminal militar corresponde á la jurisdicción ordinaria. Si dicha responsabilidad recae en individuos del Ejército por actos ú omisiones referentes al servicio militar, será apreciada y exigida gubernativamente por las Autoridades militares, conforme á los reglamentos».

Artículo 221: «La responsabilidad civil nacida del delito se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción á las reglas del derecho común».

El primer Código Penal Militar (CPM) que será de aplicación a todos los Ejércitos (Tierra, Armada, Aire), será el Código de Justicia Militar de 1945, aprobado por Ley de 17 de julio de ese año, que, al igual que el Código Penal del Ejército de 1890, dedicará su articulado a la regulación de la organización y atribuciones de los tribunales militares (tratado primero), a las leyes penales (tratado segundo), y a los procedimientos militares (tratado tercero).

La competencia en materia civil se regula en términos similares a los ya expuestos para el Código de 1890, concretamente en el artículo 38.3, con una redacción casi idéntica a la de este.

En el título IV del tratado segundo (artículos 202 a 206), bajo la rúbrica «De la responsabilidad civil», se contiene la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto*, donde ya no se produce la remisión al Código Penal común, sino que se vuelve a un esquema similar al contenido en el Código Penal del Ejército de 1884 y en el de la Marina de Guerra, si bien se observa un retroceso en cuanto a la declaración de la responsabilidad subsidiaria de los Ejércitos.

De este modo, el artículo 206 dispone que

«cuando la responsabilidad civil declarada no pudiera hacerse efectiva por insolvencia del culpable o culpables, pertenecientes a cualquiera de los Ejércitos, y el delito o falta de que se trate aquella lo hubieren cometido en ocasión de ejecutar un acto de servicio reglamentariamente ordenado, el Tribunal o autoridad judicial que conociera del procedimiento podrá acordar dentro del mismo, si lo estima justo, la responsabilidad subsidiaria del Ejército respectivo, en todo o parte de la civil impuesta, sin que proceda recurso alguno contra tales resoluciones discrecionales. Si el acuerdo fuera de indemnización o pago, se hará efectivo por el Ministerio correspondiente».

En definitiva, la declaración de la responsabilidad subsidiaria del Estado no nace simplemente de la comisión de un delito por parte de un militar en acto de servicio, sino que dependerá de la decisión «discrecional» del órgano judicial, el cual podrá acordarla «si lo estima justo» y sin que, por otra parte, contra tal decisión quepa la interposición de recurso alguno.

Consecuencia de la llegada de la democracia a nuestro país, y tras la promulgación de la Constitución de 1978 (CE), resultaba ineludible la publicación de un nuevo Código Penal Militar —que llegó con la aprobación de la Ley Orgánica 13/1985, de 19 de diciembre— que recogiera los principios constitucionales, excluyera de su regulación las materias disciplinaria y procesal, y acomodara su regulación a la moderna ciencia del derecho penal.

En este sentido, el párrafo primero de su Preámbulo señalaba que

«Los principios constitucionales y el progreso experimentado por la Ciencia del Derecho Penal son factores que requerían, no ya una mera reforma de las leyes penales militares, sino la promulgación de un nuevo Código Penal Militar en el que se acojan las más depuradas técnicas sobre la materia. De acuerdo con este planteamiento, vienen a separarse del presente Código las materias procesales y disciplinarias para limitar su contenido al Derecho Penal material».

Este proceso de reforma y de adaptación de la legislación militar a los principios constitucionales culminará con la aprobación de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Organización y competencia de la jurisdicción militar (LOCO), y la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal militar (LOPM).

En materia de responsabilidad civil *ex delicto*, tanto el CPM 1985 como el vigente se apartan de las regulaciones precedentes en el sentido de que no incluyen precepto alguno relativo a dicha materia.

El CPM 1985 solo dedica su artículo 48 a la cuestión de la responsabilidad civil *ex delicto*, concretamente a la responsabilidad subsidiaria del Estado, al disponer que «el Estado es responsable civil subsidiario por los delitos que hubiesen cometido los militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio apreciado como tal en la sentencia»¹⁹.

Si bien es cierto que la LOPM y la LOCJM contienen disposiciones relativas al ejercicio de la acción civil en el proceso penal militar, no hubiese estado de más que el CPM hubiese introducido una regulación mínima de esta cuestión, aunque solo fuera para establecer el principio general de que toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente y para apuntar el alcance de dicha responsabilidad antes de remitirse en lo restante a las disposiciones del CP y concordantes de la legislación procesal penal.

Finalmente, mediante la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, se aprueba el vigente CPM, que supera incluso al precedente en cuanto a la ausencia de referencia alguna a la responsabilidad civil *ex delicto*, ausencia que justifica en el último párrafo del apartado II de su preámbulo argumen-

¹⁹ El artículo 15 define los actos de servicio: «A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente les corresponde».

tando que «por ser de aplicación supletoria las normas correspondientes del Código Penal, en virtud del principio de complementariedad, desaparece en el presente Código toda referencia a las normas sobre extinción de la responsabilidad penal y responsabilidad civil subsidiaria del Estado».

En efecto, el artículo 1.2 del vigente CPM dispone que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

El legislador ha optado por la remisión a las disposiciones del CP seguramente por entender que no concurren en el ámbito penal militar circunstancias peculiares que hagan necesaria una regulación específica dentro del CPM. Sin embargo, es una opción que parece obviar la importancia que actualmente se concede a la protección integral de las víctimas, uno de cuyos aspectos —no menor— es la determinación y exigencia de la responsabilidad civil *ex delicto* también en el proceso penal militar.

3. A VUELTAS CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

Aun partiendo de una posición doctrinal mayoritaria que considera que la llamada responsabilidad civil derivada del delito realmente no nace de este sino del daño causado por el ilícito penal, no está de más recordar la reflexión que Mir Puig realiza en su *Introducción a las bases del Derecho Penal* en el sentido de que, aun cuando conceptualmente resulte conveniente aceptar la tesis de la naturaleza civil de esa responsabilidad, desde el punto de vista de la política criminal es preferible incluirla en el derecho penal por las ventajas que nuestro sistema procesal otorga a su tratamiento²⁰.

²⁰ MIR PUIG, S. (2003), *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Editorial BdeF. 2.ª Edición, pp. 18-19. Concretamente, Mir Puig señala:

«En suma, *conceptualmente* parece preferible considerar de naturaleza civil la responsabilidad nacida de delito o falta. Pero desde la perspectiva *político-criminal* es más ventajoso incluir en el derecho penal esa clase de responsabilidad civil. La lucha contra el delito se acometerá más racionalmente si se regulan con criterio unitario, como diversos medios a utilizar, las distintas consecuencias del mismo, que no son respuestas totalmente independientes unas de otras. Es mejor considerar a la responsabilidad civil como un instituto penal, como un instrumento particular de la política criminal, que como una consecuencia jurídico-civil desconectada de un especial cometido político-criminal [...] debe aplaudirse la solución procesal española, consistente en dilucidar ambas formas de responsabilidad en el mismo proceso penal, que consigue dotar a la civil de la especial eficacia que hace precisa su particular significación, ya que no es independiente de toda función intimidatoria».

De entre la doctrina civilista ha sido especialmente combativo Yzquierdo Tolsada²¹, que señala que no existe eso que se da en llamar «responsabilidad civil derivada del delito»: la responsabilidad civil deriva solo del daño y el hecho de que la acción que lo generó sea, además, constitutiva de infracción penal no modifica en nada la naturaleza de la obligación.

Por otra parte, no faltan pronunciamientos de la Sala de lo Civil del TS²² que afirmen con claridad esa naturaleza civil de la responsabilidad derivada del delito. No obstante, nos parece interesante hacer una referencia a las reflexiones que acerca de esta cuestión hace Hortal Ibarra²³, autor que, partiendo de la admisión de la naturaleza civil de la responsabilidad civil *ex delicto*, llama la atención acerca de la íntima conexión que la misma tiene con el derecho penal por su especial eficacia en la reparación de la víctima que, en los últimos tiempos, ha recuperado el protagonismo que merecía y que durante tanto tiempo se le ha negado. En este sentido, sigue parte de los argumentos defendidos por Quintero Olivares, que considera que la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto* no es puramente civil, sino que debe considerarse un instrumento político-criminal del que el derecho penal debe servirse para cumplir sus fines.

La utilización de la responsabilidad civil *ex delicto* como instrumento de política criminal resulta evidente, a juicio de Hortal, si tenemos en cuenta su incidencia en la determinación de la pena mediante la aplicación de la atenuante del artículo 21.5 CP en la concesión de la suspensión de la

²¹ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014), *La responsabilidad civil en el proceso penal*. Tratado de Responsabilidad Civil. Navarra, Editorial Aranzadi, p. 3. El autor habla de «error lamentable».

²² En la Sentencia de 18 octubre 1988 (Sala de lo Civil; Ponente: Cecilio Serena Velloso), se señalaba lo siguiente:

«[...] los hechos constitutivos de infracción penal (delito o falta) y merecedores por ello de reproche penal pueden ser también la fuente de obligaciones civiles a que se refieren los artículos 1089 y 1092 del Código Civil, categoría de obligaciones que se gobierna por el peculiar régimen a que el últimamente citado artículo se refiere y que principalmente se halla en el Código Penal (artículos 19 y siguientes y 101 y siguientes, en relación con el 1092 del Código Civil); obligaciones las *ex delicto* que propiamente no nacen del delito sino de los hechos que lo constituyen y en cuanto originadores de la restitución de la cosa o de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible (artículos 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 101 del Código Penal), sin cuyos efectos patrimoniales o morales la acción u omisión en que la infracción penal consiste no acarrea otro efecto propio que la imposición de la pena».

²³ HORTAL IBARRA, J. C. (2014), La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo «resolver» la cuadratura del círculo [en línea]. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. [Consulta:2024]. Disponible en: www.indret.com. El autor habla del carácter «híbrido» o «mestizo» de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*.

ejecución de las penas privativas de libertad (sección 1.^a capítulo III título III libro I CP) o en su sustitución (artículo 88 CP)²⁴.

A ello se suma que si bien la responsabilidad civil *ex delicto* nace del daño causado por este, no cabe olvidar que el hecho causante de ese daño es tal que se eleva a la categoría de delito, lo cual explicaría, por ejemplo, por qué en caso de muerte las indemnizaciones son más elevadas en la vía penal que en la civil²⁵.

Por último, aunque no menos relevante, Hortal destaca el interés jurídico-público de la responsabilidad civil *ex delicto*, aspecto en el que merece especial atención el ejercicio de la acción civil juntamente con la penal por parte del Ministerio Fiscal y las consiguientes ventajas desde el punto de vista de la protección integral de la víctima, que no se verá obligada a asumir los costes económicos derivados de su personación como acusación particular.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL VIGENTE

4.1. DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO COMPARADO

El artículo 112 LECrim. dispone que «ejercitada solo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de ter-

²⁴ Desde la perspectiva procesal de la víctima, Hortal Ibarra sostiene que esta «[...] tendrá un incentivo adicional para solicitar la reparación del daño en vía penal y no sustanciarla entonces ante la jurisdicción civil mediante la correspondiente reserva. Ciertamente, si la víctima pretende beneficiarse de esta ventaja resulta imprescindible que ejercite ambas acciones en el proceso penal. De no hacerlo, se arriesga a que cuando la sentencia civil sea firme ya se haya ejecutado la pena decretada en el primero y se esfume así el hipotético incentivo que el condenado habría tenido de orillar el cumplimiento efectivo de la prisión impuesta solicitando la suspensión condicional».

²⁵ Hortal Ibarra pone el siguiente ejemplo: «A) José, en el transcurso de una discusión con Bartolomé, le lanza directamente a la cabeza y a una corta distancia un macetero quedándole a resultas del fuerte golpe recibido graves secuelas neuronales que le obligan a depender de una tercera persona; B) Bartolomé pasea por la calle y recibe el impacto de un macetero que se ha desprendido como consecuencia del fuerte viento. El macetero estaba fijado a la barandilla mediante una estructura de hierro forjado que había sido recientemente revisada por José, el titular del domicilio. Bartolomé precisa la asistencia permanente de otra persona para realizar las tareas básicas de la vida como consecuencia de las graves secuelas neuronales padecidas. Los daños derivados del impacto son exactamente iguales, pero no las «circunstancias» en que tuvieron lugar. En el primer caso, la concurrencia de dolo en el comportamiento del autor dota al hecho de un reproche adicional del que carece el segundo que podría imputarse, en todo caso, a una culpa levísima».

minado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar» y añade que «si se ejercitase solo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal».

Además, tal y como dispone el artículo 111 del mismo texto legal, «[...] mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme [...]».

Por su parte, el CP dispone en el apartado 2 de su artículo 109 que «el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil».

Por tanto, no será posible el ejercicio de la acción civil separadamente de la acción penal en tanto el proceso penal no haya finalizado por sentencia firme y, si se sigue un proceso civil sobre los mismos hechos estando pendiente un proceso penal, aquel se suspenderá en tanto no concluya el proceso penal mediante sentencia firme (artículo 114 LECrim). Si se hubiese iniciado con anterioridad el proceso civil y concurren los requisitos del artículo 40 LEC, este se suspenderá en virtud del principio de prejudicialidad penal.

Se trata de un sistema de determinación de la responsabilidad en el que rige el «principio de rogación», de tal manera que la pretensión civil debe ser ejercitada expresamente en el proceso penal bien por el actor civil (que puede ser asimismo el acusador particular), bien por el Ministerio Fiscal.

Así lo viene declarando la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, que señala al respecto que en esta cuestión no es posible apartarse de los principios dispositivos de rogación y congruencia en la materia estudiada en ningún caso²⁶.

Por lo que se refiere a la regulación de esta materia en el derecho comparado y siguiendo a Busto Lago²⁷, podemos distinguir tres sistemas de

²⁶ Sentencia 480/2013, de 21 de mayo (Recurso de Casación 1883/2012; Ponente: José Ramón Soriano Soriano). Dice la sentencia:

«No es posible en la materia estudiada apartarse de los principios dispositivos de rogación y congruencia en ningún caso. Por otro lado, no se encuentra habilitada esta instancia casacional para controlar el *quantum* indemnizatorio acordado por el Tribunal de instancia salvo en lo referente a la revisión de las bases sobre las que se asiente la cantidad fijada, debiendo recordarse también que el hecho de que se reclamen las responsabilidades civiles en un procedimiento penal no les priva de su naturaleza civil, por lo que tampoco puede superarse la concreta petición de las partes acusadoras, debiendo existir el necesario respeto a los principios de rogación y de congruencia (por todas, STS núm. 217/2006, con cita de las SSTS núm. 1217/2003 y núm. 1222/2003)».

²⁷ BUSTO LAGO, J. M. (2004), El responsable civil en el proceso penal en la perspectiva de la reforma de la Justicia Penal: modelos comparados y problemas del vigente sistema de acumulación potestativa. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 17.

determinación de la responsabilidad civil que surge como consecuencia del daño causado por la comisión de un ilícito penal:

- Sistema que impone necesariamente el ejercicio de ambas acciones, civil y penal, ante los tribunales del orden penal. Un ejemplo de este sistema lo encontramos en el Código del Proceso Penal portugués²⁸, que establece la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito en el proceso penal sin admitir la reserva de la acción civil para su ejercicio ante la jurisdicción civil salvo en los casos previstos por la ley.
- Sistema de estricta separación en el ejercicio de la acción civil y la acción penal. Propio de los países de la *common law*, en los que corresponde a la jurisdicción penal la competencia para conocer del ejercicio de la acción penal en tanto que la responsabilidad civil derivada del delito se residencia en el proceso civil mediante el ejercicio de acciones propias del derecho del privado.

Además, la diferencia va más allá puesto que la reparación del daño puede funcionar como una pena —*punitive damages*—, de manera que ya no persigue —o no solamente— una finalidad indemnizatoria o compensatoria del perjuicio ocasionado a la víctima, sino que cumple los fines propios de tal pena —pena privada— no solo de reparación, sino también de prevención.

Es más, en este sistema debe tenerse en cuenta la existencia de instituciones como la denominada *compensation order*, propia del derecho inglés, en virtud de la cual la reparación del daño se fija en el proceso penal y se cuantifica en atención a los recursos económicos del culpable con la particularidad de que, si la víctima solicita la *compensation order*, esa solicitud no se tratará como acción o reclamación civil sino como una acción penal.

De manera similar funciona la denominada *restitution order* como pena adicional o sustitutiva para determinados ilícitos penales, como delitos violentos o delitos contra la propiedad, en los que la víctima haya sufrido lesiones o daños patrimoniales.

²⁸ Portugal (1987). Decreto-Ley número 78/ 1987, de 17 de febrero, Aprova o Código do Processo Penal. (Última modificación llevada a cabo por Ley 79/2021, de 24 de noviembre). Título VI: De las partes civiles. Artículo 71: «La reclamación de indemnización civil basada en la comisión de un delito se presenta en el proceso penal respectivo, y solo puede presentarse por separado ante un tribunal civil, en los casos previstos por la ley y establecidos en ese Código».

También el sistema alemán forma parte de los ordenamientos jurídicos que establecen esa estricta separación entre la acción civil y la acción penal sin perjuicio de la posibilidad de que algunas víctimas puedan ejercer la acción civil en el proceso penal a través del llamado «proceso de adhesión».

c) Sistema que permite al perjudicado optar por el ejercicio conjunto de acción penal y civil ante los órganos jurisdiccionales penales o, por separado, ante los del orden penal y civil.

Es el sistema elegido por el legislador español y por otros sistemas penales de nuestro entorno como el francés o el italiano²⁹.

4.2. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL SISTEMA ESPAÑOL

Las ventajas que ofrece nuestro sistema de determinación de la responsabilidad civil derivada de delito mediante el ejercicio de la acción civil en el seno del proceso penal han sido expuestas por buena parte de nuestra doctrina (Gómez Orbaneja, Vázquez Sotelo), pero también por autores provenientes del sistema del *common law* como es el caso de Jolowicz³⁰.

Siguiendo a Busto Lago podemos resumir esas ventajas destacando, por una parte, que la posibilidad de que el juez penal conozca de la acción civil facilita al perjudicado la obtención de la restitución y la reparación del daño o la indemnización de daños y perjuicios derivados del hecho constitutivo de delito, y, por otra parte, facilita al perjudicado la referida indemnización a través del ejercicio de la acción civil por el Ministerio Fiscal sin necesidad de personarse en la causa ni utilizar abogados y procuradores, con el consiguiente coste económico que ello supone. En definitiva, se evita al perjudicado el llamado «peregrinaje de jurisdicciones».

Son igualmente numerosos los autores que, como Gimeno Sendra, recalcan los inconvenientes que se derivan de la acumulación de la acción civil al proceso penal. Precisamente, este autor afirma que

²⁹ BUSTO LAGO, J. M. (2004), *Op. cit.*, p. 7. Señala el autor que: «[...] el vigente sistema procesal penal español —directamente inspirado en el modelo representado por el *Code d’Instruction Criminelle* francés de 1808 (art. 3.1), que continúa vigente (arts. 3 y 4 del *Code de Procedure Penale* de 24 de julio de 1968) y similar al italiano (*ex arts. 74 y ss. del Codice di Procedura Penale* aprobado por medio del Decreto Legislativo 271, de 28 de julio de 1989)— permite que la denominada responsabilidad civil *ex delicto* sea exigida en el seno del proceso penal en el que se ventila la responsabilidad de esta naturaleza, de manera que es el propio Juez penal el competente para conocer de la misma (art. 111 de la LECrim)[...]».

³⁰ BUSTO LAGO, J. M. (2004), *Op. cit.*, p. 14.

«Debiera reflexionarse sobre las ventajas e inconvenientes de la acumulación de la acción civil al proceso penal. Aunque es cierto que nuestro sistema (francés) es más económico, tampoco lo es menos que contribuye, mediante el planteamiento de querellas chantajistas que solo persiguen el pago del deudor, a una innecesaria sobrecarga de trabajo en los juzgados de instrucción. Por otra parte, la aparición de delitos-masa, como defraudaciones a consumidores (caso de la colza) o estragos (hundimiento de la presa de Tous) obliga a los particulares a dirigir, en ocasiones, infundadamente la acción penal contra un funcionario con la, en muchas ocasiones, vana esperanza de obtener la responsabilidad civil subsidiaria del Estado»³¹.

Junto con el problema de las denominadas «querellas chantajistas» se suele citar, como otros inconvenientes de nuestro sistema, el hecho de que la competencia adhesiva del juez penal se mantenga para conocer de la acción civil aun en el caso de conformidad del acusado en todos los aspectos referidos a la responsabilidad penal, pero no en cuanto a la atribución o cuantía de la responsabilidad civil, de manera que el órgano judicial penal termine resolviendo sobre una cuestión de naturaleza puramente civil. También se cita el hecho de que el órgano judicial penal tienda a moderar la pena para compensarla con una mayor severidad de la indemnización civil o viceversa: que la imposición de una pena grave conduzca al juez penal a una fijación más moderada del importe de la responsabilidad civil.

4.3. SOLUCIONES APUNTADAS POR LA DOCTRINA PARA LA MEJORA DE NUESTRO SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

Precisamente como consecuencia de estas críticas surge en la mayoría de nuestra doctrina penal y procesalista la discusión acerca de la necesidad de acoger en el proceso penal el «principio de oportunidad» *para* corregir algunas de sus deficiencias. Una de las definiciones más completas de este principio es la formulada por De la Oliva en su *Manual de Derecho Procesal Penal*:

«El principio de oportunidad es aquel en cuya virtud el deber estatal de imponer penas no habría de ser cumplido (o el denominado

³¹ GIMENO SENDRA, V. (2002). La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 5619.

ius puniendi satisfecho), siempre según los criterios legales, en todo caso en que concurriesen sus presupuestos (esto es, ante toda conducta calificada de delictiva y punible), sino que estaría condicionado al poder atribuido al Ministerio Fiscal (u órgano oficial similar) para disponer, bajo condiciones precisamente especificadas en la ley (la llamada “oportunidad reglada”) o con amplio arbitrio, del ejercicio y del modo de ejercicio de la acción penal, independientemente de que se hubiese conocido la existencia de un hecho de apariencia punible y de que apareciesen unos presuntos autores del mismo».

No obstante, hay que tener en cuenta que en nuestro proceso penal la aplicación de este principio se encontraría con el obstáculo de la posición del Ministerio Fiscal, que debe ajustar su actuación al llamado principio de «indisponibilidad o irrenunciabilidad» de la acción penal (artículo 105 de la ley de enjuiciamiento criminal).

Es cierto que en los ordenamientos penales juveniles este principio de oportunidad ha sido incorporado sin objeciones, como sucede con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, si bien no es menos cierto que, como pone de manifiesto García Ingelmo³², en este caso el fundamento del ejercicio del principio de oportunidad por parte del Ministerio Fiscal está ligado, en parte, al interés público que ha de defender el fiscal (artículos 124.2 CE y 2 EOMF) y que aquí no coincide con el ejercicio del *ius puniendi* estatal como criterio de actuación, sino con otro interés público preferente, el interés del menor.

A tal efecto, la FGE ha dado algunas pautas en relación con aspectos concretos de la aplicación de este principio en el ámbito de la responsabilidad penal del menor. A modo de ejemplo se puede citar la Circular 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la LORPM, o la Circular 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores.

Fuera de ese ámbito de la responsabilidad penal del menor encontramos el supuesto contemplado en la regulación del procedimiento para el juicio sobre delitos leves contenido en el libro IV (artículo 92 y siguientes) de la LECrim, si bien, como recuerda la Circular 1/2015 de la FGE sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, en este caso se trata de un

³² GARCÍA INGELMO, F. M. (2017). *Ejercicio del principio de oportunidad en la Jurisdicción de Menores. Supuestos Legales. Cuestiones prácticas y directrices de la FGE*. Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas. Madrid, del 29 al 31 de marzo de 2017.

principio de oportunidad tasado o reglado —ya que el fiscal no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe ceñirse a los supuestos establecidos en la ley— y puro en la medida en que la efectividad del archivo no va a quedar condicionada al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta durante un periodo de tiempo determinado, sino que operará de forma inmediata³³.

A juicio de este autor no se aprovechó la ocasión de regular por primera vez en la LECrim el principio de oportunidad de forma más profunda y ambiciosa, lo que dio cabida, por ejemplo, a diferentes soluciones propias de la mediación o de la justicia reparadora.

Gimeno Sendra aboga por una separación en el ejercicio de las acciones penal y civil si bien considera que, debido a la acumulación de procedimientos que eso supondría para los órganos de la jurisdicción civil, en principio tal separación solo debería aplicarse a procesos por «delitos masa» en los que la acusación particular únicamente persigue, según el citado autor, «empapelar» a un funcionario para que cobren los perjudicados³⁴.

Entre las posibles soluciones al problema, son cada vez más quienes abogan por la denominada «justicia restaurativa», surgida en los sistemas angloamericanos pero luego extendida a nivel mundial, como vía alternativa a la justicia penal.

La Resolución del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) 2000/14, de 27 de julio, relativa a los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, define la justicia restaurativa de la siguiente manera: «proceso en el que víctima y ofensor, y aquellas otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan juntos activamente en la resolución de las cuestiones relacionadas con el mismo, generalmente con la ayuda de un facilitador»³⁵.

Sin duda, de entre las modalidades de «justicia restaurativa», la que más éxito ha alcanzado, al menos en nuestro país, es la «mediación», hasta tal punto que el artículo 84.1 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al regular las prestaciones o medidas que pueden condicionar la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad establece que: «el juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas

³³ GARCÍA INGELMO, F. M. (2017), *Op. cit.*, pp. 38-39.

³⁴ GIMENO SENDRA, V. (2002), *Op. cit.*, p. 339.

³⁵ CRUZ PARRA, J. A. (2013), *Op. cit.*, p. 108.

de las siguientes prestaciones o medidas: 1.^a El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación [...]».

En la página web del CGPJ podemos encontrar una definición de mediación penal según la cual:

«En la mediación penal, víctima e infractor, a través de un proceso de diálogo y comunicación confidencial, conducido y dirigido por un mediador imparcial, se reconocen capacidad para participar en la resolución del conflicto derivado del delito. Se posibilita la reparación del daño causado y la asunción de las consecuencias provocadas, propiciando en el imputado la responsabilidad personal y permitiendo a la víctima ser escuchada y resarcida».

En efecto, se trata de un instrumento que no sustituye al proceso penal pero que puede coadyuvar a la consecución de los fines de la justicia penal y contribuir a reducir la litigiosidad sin merma de los derechos de las partes, si bien su implantación es todavía muy irregular y carece de una regulación estatal y/o autonómica, lo que precisamente es una de las principales críticas efectuadas por jueces y fiscales en la valoración relativa a la aplicación práctica de la mediación³⁶.

No obstante, cabe destacar que la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, ya contiene una referencia expresa a los servicios de mediación en su artículo 15, donde dispone que:

³⁶ Así se deduce del resultado de la investigación *La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva* llevada a cabo por el Grupo de Investigación del CGPJ, de noviembre de 2010, dirigido por Ramón Sáez (con la participación de Concepción Sáez, Julián Ríos, Teresa Olavarría, Cristóbal Fábrega, Celima Gallego y Félix Pantoja). Al recoger la opinión de los fiscales sobre los resultados prácticos de la aplicación de la mediación, se hace constar que:

«El inconveniente más ampliamente percibido —con diferencia— es la ausencia de regulación legal de la mediación, expresado así directamente o a través de otros giros, como la ausencia de cauces para la realización de las diversas diligencias que han de practicarse (“los protocolos no bastan”, se afirma), o las dificultades en la selección de los asuntos mediables (“depende de cómo lo ve el Juez”, se indica), o los problemas que conlleva el tener que cohonstar la mediación con el principio de legalidad en el ordenamiento penal».

Las CC.AA. que han legislado sobre la materia (Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares, Madrid y País Vasco) tan solo han regulado la mediación familiar.

«Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido».

Además, en su apartado 2 añade que «los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función». Finalmente, establece en el apartado 3 que «la víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento».

En cualquier caso, la implantación de la mediación penal en nuestro país no deja de ser, por el momento, algo simbólico, sin perjuicio de que se trata de un instrumento que tiene también sus detractores, que han denunciado los inconvenientes o desventajas que plantea y entre los que mencionan la posible vulneración de la presunción de inocencia, la escasa transparencia y publicidad, la no imparcialidad del mediador, la ya citada ausencia de regulación legal, la resistencia a su admisión por parte de los implicados, etc.³⁷.

³⁷ REBOLLO REVESADO, S. (2020), *Prospectiva de la mediación penal: Un análisis de la teoría a la práctica. Sujetos intervinientes y procedimiento*. Universidad de Salamanca, pp. 79-80.

4.4. EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE REFORMA DEL SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

A mediados de los noventa del pasado siglo, y a través de la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que modificó la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, se estableció un sistema obligatorio para la valoración del daño corporal derivado de los accidentes producidos con vehículos a motor mediante la aplicación de un baremo que permitía la cuantificación de aspectos como los días de baja, improductivos o no, las secuelas físicas y psíquicas ocasionadas a la víctima o la indemnización por fallecimiento.

Poco tiempo después de su entrada en vigor, la Sala Segunda del TS (entre otras, STS 11.03.2003) admitía el carácter obligatorio de dicho baremo en el caso de los delitos imprudentes cometidos con ocasión de la circulación con vehículos a motor y ciclomotores.

Por lo tanto, la disposición adicional octava de la citada Ley 30/1995 introdujo un sistema obligatorio de baremos para cuantificar los daños causados en los accidentes de circulación que posteriormente se trasladó al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor³⁸.

Finalmente, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación regula ese sistema y sustituye el denominado «baremo de tráfico» que se contenía como anexo en el citado Real Decreto Legislativo 8/2004.

De conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004 (LRCSCVM), las cuantías y los límites indemnizatorios fijados en ella y en sus tablas quedan automáticamente actualizados con efecto a 1 de enero de cada año en el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Al respecto, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Empresa publica las sucesivas resoluciones mediante las cuales se hacen públicas las cuantías de las indemniza-

³⁸ Por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre 19, se deroga casi completamente la Ley 30/1995, y todo su contenido pasa, con la misma estructura, actualizada y con la inclusión de normativa dispersa en otras disposiciones, a integrarse en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

ciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas perjudicadas en accidentes de circulación.

4.5 Aplicación del baremo en los delitos dolosos

Como hemos visto, el baremo introducido en la LRCSCVM mediante la reforma introducida por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, constituye un instrumento eficaz para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación como consecuencia de una conducta imprudente.

Sin embargo, cuando se trata de la determinación de la responsabilidad civil por daños derivados de la comisión de delitos dolosos el enfoque cambia. De este modo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha insistido en numerosas ocasiones (entre otras, SSTS 03.07.2009 y 17.03.2004) en la utilidad y conveniencia de atender, como marco genérico de referencia, a las previsiones del baremo, pero aclara que «ello no nos debe hacer olvidar que se trata de aplicar una mera referencia, en modo alguno de obligado cumplimiento en los supuestos de delitos dolosos o ajenos al ámbito de los siniestros propios de la circulación rodada, para los que el referido Baremo resulta de obligado cumplimiento» y añade que «en las lesiones sufridas como consecuencia de ilícitos dolosos es razonable y lógico que la indemnización supere en algo la correspondiente a los accidentes automovilísticos»³⁹.

Consecuencia de este carácter orientativo atribuido al baremo se produce una gran disparidad en la determinación del *quantum* en el caso de los delitos dolosos, tal y como puede apreciarse si se acude a las resoluciones dictadas por las distintas audiencias provinciales⁴⁰.

Si bien es cierto que no existe una doctrina unificada en lo relativo a la determinación del *quantum* en los supuestos mencionados, la Sala de lo Penal del TS sí se ha pronunciado acerca de los principios, criterios e interrelaciones entre la responsabilidad civil *ex delicto* y los baremos de seguro obligatorio.

De este modo, en Sentencia 480/2013, de 21 de mayo (Recurso de casación núm. 1883/2012; ponente: José Ramón Soriano Soriano), siguiendo el dictamen del Ministerio Fiscal, sintetiza estos principios e interrelaciones en las cuatro reglas siguientes:

³⁹ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. (2011), La determinación del quantum en la responsabilidad civil por delitos dolosos, *Revista Aranzadi Doctrinal* 6, p. 4.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 5-6.

- La aplicación del baremo a los delitos dolosos es facultativa y orientativa⁴¹.
- Cuando se aplica el baremo a los delitos dolosos dicho baremo constituirá un cuadro de mínimos. Habiendo sido fijadas imperativamente las cuantías recogidas en el baremo para casos de imprudencia, con mayor razón habrán de ser al menos atendidas en la producción de lesiones claramente dolosas.
- La responsabilidad civil por delito doloso es superior a la del delito imprudente⁴².
- No es posible en la materia estudiada apartarse de los principios dispositivo de rogación y congruencia en ningún caso⁴³.

5. ESPECIAL REFERENCIA A LA DETERMINACIÓN DEL QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO EN CONCEPTO DE DAÑOS MORALES

Dentro del problema de la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito (doloso), centraremos nuestra atención en la cuestión

⁴¹ «Es criterio de esta Sala (SSTS núm. 104/2004, núm. 1.207/2004 y núm. 856/2003, entre otras) que el baremo introducido por la Disposición Adicional 8ª de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados es solamente obligatorio en el caso de accidentes de tráfico. Sobre el carácter vinculante del Baremo véase Disposición adicional octava de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados; exposición de motivos de la Ley y art. 1.2 de las Disposiciones Generales. Igualmente, STC 181/2000 de 29 de junio y las de esta Sala 2001/2000 de 20 de diciembre y 786/2001 de 8 de febrero».

⁴² «En este sentido, acaba de señalar la STS núm. 47/2007, de 8 de enero, que no se puede establecer un paralelismo absoluto entre las indemnizaciones por daños físicos y materiales derivados del hecho de la circulación de vehículos de motor con el resultado de los delitos dolosos. Los primeros no se mueven por criterios de equivalencia o justicia, sino por los parámetros que se marcan por el sistema financiero de explotación del ramo del seguro en sus diversas modalidades. Estos criterios, puramente economicistas, obtenidos de un cálculo matemático, chocan frontalmente con los daños físicos, psíquicos y materiales originados por una conducta dolosa y con la multiplicidad de motivaciones que pueden impulsarla, sin descartar la intencionada y deliberada decisión de causar los mayores sufrimientos posibles».

⁴³ «Por otro lado, no se encuentra habilitada esta instancia casacional para controlar el “quantum” indemnizatorio acordado por el Tribunal de instancia salvo en lo referente a la revisión de las bases sobre las que se asiente la cantidad fijada, debiendo recordarse también que el hecho de que se reclamen las responsabilidades civiles en un procedimiento penal no les priva de su naturaleza civil, por lo que tampoco puede superarse la concreta petición de las partes acusadoras, debiendo existir el necesario respeto a los principios de rogación y de congruencia (por todas, STS núm. 217/2006, con cita de las SSTS núm. 1217/2003 y núm. 1222/2003)».

de los daños morales, donde existe una mayor discrepancia a la hora de proceder por parte de los órganos judiciales, en especial en el caso de las audiencias provinciales, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca, y también por la complejidad en la concreción de este tipo de daños, puesto que, como ha señalado la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo:

«los daños morales siempre han estado presididos por la indefinición y la eterna pregunta de ¿cuánto vale cada daño moral ajustado a cada caso? Porque es una materia complicada en cuanto a cómo se cuantifica ese daño, si existen métodos para convencer al juez de una cantidad, como ocurre con el daño patrimonial con los dictámenes periciales, o si se fija por un juez o Tribunal una cantidad si esta es revisable en apelación o en casación»⁴⁴.

Antes de entrar en el análisis de la especial problemática que se plantea en torno a la reparación del daño moral, citaremos, a modo de ejemplo, la Sentencia 17/2009, de 5 de febrero, de la Audiencia Provincial de Salamanca (recurso de apelación 8/2009, Ponente: Ildefonso García del Pozo)⁴⁵, en la que, además de hacer una referencia a la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda TS, se identifica ese daño moral con una serie de conceptos que, en suma, reflejan el impacto «espiritual» sufrido por la víctima como consecuencia del ilícito penal y cuya reparación integral se persigue, aludiendo a:

«[...]impacto psíquico o espiritual (STS de 23 de julio 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o

⁴⁴ Sentencia 458/2019, de 9 de octubre. Caso «Alsasua». Recurso de Casación 10194/2019. Ponente: Vicente Magro Servet.

⁴⁵ Señala la Audiencia Provincial de Salamanca que:

«Conforme señaló ya la STS de 25 de junio 1984, en el momento actual predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como si el ataque afecta al acervo extra patrimonial o de la personalidad y por ello la reparación del daño moral, si bien no atiende a la reintegración del patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. Y asimismo ha establecido la doctrina jurisprudencial que en la indemnización por daños morales su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, sino que a tal efecto han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso (STS de 19 de octubre 2000)».

presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (STS de 27 de enero 1998), impacto quebranto o sufrimiento psíquico[...].»

Basta una lectura de lo expuesto por la Audiencia Provincial de Salamanca en su sentencia de febrero de 2009 y de los conceptos y términos empleados en la misma (impacto espiritual, impacto emocional, zozobra, angustia, pesadumbre) para comprender la dificultad que plantea la determinación del resarcimiento del daño moral y la necesidad de establecer, en la medida de lo posible, unos criterios o pautas que doten a esa labor de una mínima seguridad jurídica.

A pesar de la disparidad de criterios judiciales a la hora de abordar el problema, lo cierto es que se va abriendo paso en nuestra jurisprudencia la postura de que este tipo de daños recae no en la esfera patrimonial del individuo, sino en el aspecto espiritual de la persona y que, aun careciendo de esa nota de patrimonialidad, deben ser también adecuadamente indemnizados.

En este sentido nos parece acertada la reflexión de Bonilla Correa cuando señala que:

«...el derecho de daños dejaría de tener un enfoque de carácter patrimonialista, para pasar a un derecho más humanista, en el que la dignidad de la persona y todos sus aspectos y derechos sean tenidos en cuenta para proteger las distintas facetas de la personalidad del ser humano, y en este espíritu innovador y creativo de nuevas concepciones, al derecho de daños le ha correspondido ampliar su visión patrimonialista por una más humanizada de reparar lo que se considera el daño moral, sería un derecho con una función social más relacionada con los valores de justicia, solidaridad e igualdad»⁴⁶.

En este sentido, y a los efectos de introducir un concepto de daño moral, en la línea ya expuesta podemos citar la SAPA Coruña núm. 416/2017, de 13 octubre, dictada en recurso de apelación 567/2017, siendo ponente Lucía Lamazares López, y que se pronuncia en el siguiente sentido:

«El daño moral constituye un concepto indeterminado, pero real y existente, ante la evidencia de que todo delito afecta a los aspectos

⁴⁶ BONILLA CORREA, J. Á. (2012), La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género, *Monografía de Revista de Derecho Patrimonial. Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*. BIB 2012/182, Aranzadi, p. 12.

más sensibles y espirituales del ofendido, que soporta indebidamente el daño del ilícito penal aunque no se traduzca directamente en un perjuicio patrimonial».

No obstante, nos parece mucho más completa y precisa la definición de daño moral recogida en la Sentencia 44/2019, de 21 de junio, del Tribunal Militar Territorial Primero (Sumario 14/017/16; ponente: Ilmo. Sr. D. Lorenzo Marroig Pol), a cuyo tenor:

«En el ámbito penal, el daño moral puede definirse como todo impacto, quebranto o sufrimiento físico o espiritual, agravio o deterioro de la persona en su íntegra armonía psíquica, emocional o afectiva, en su autoestima o su heteroestima, en su dignidad personal, decoro, prestigio, reputación o consideración social, así como todo sentimiento de pesadumbre, temor, zozobra, angustia, ansiedad, inquietud, impotencia de resolución y presagio de incertidumbre, que la perturben a causa de un hecho delictivo».

Es precisamente en los delitos que atentan contra bienes jurídicos estrechamente ligados a esos derechos de la personalidad donde más relevancia alcanza la concreción y reparación del daño moral causado a la víctima dada la importancia que se concede a la dignidad, la intimidad, la salud o el bienestar del individuo en su vertiente espiritual, actualmente amparados en nuestra Constitución y en leyes como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

5.1 DAÑO MORAL Y HECHOS PROBADOS

Precisamente por lo anteriormente expuesto y frente a la fijación de los perjuicios materiales cuya indemnización resulta relativamente sencilla, habida cuenta que se regirá por criterios objetivos, la fijación del *quantum* en la indemnización de los daños morales habrá de atender a parámetros subjetivos donde la valoración del órgano jurisdiccional será determinante y para la que tendrá que acudir a conceptos como la repulsa social de los hechos, su gravedad, las circunstancias personales de los sujetos e incluso las cantidades solicitadas por las acusaciones⁴⁷.

⁴⁷ La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia de 22/07/2002 recuerda lo siguiente:

A tal efecto debe recordarse la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la posición soberana del órgano jurisdiccional en la valoración de la prueba —STC 140/1985, de 21 de octubre; recurso de amparo 254/1984; ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant— cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez *a quo* en uso de las facultades que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta establece como regla general la autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías, pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran (acusados y testigos) en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de estos, ventajas de las que, en cambio, carece el tribunal llamado a revisar esa valoración en segunda instancia.

Precisamente porque el daño moral que se trata de cuantificar no deriva de una lesión material valorable conforme a criterios objetivos, no cabe exigir la prueba de la causación de dicho daño, puesto que derivará de la «significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima» (STS 445/2018, de 9 de octubre).

En el mismo sentido, tampoco debe confundirse, como a menudo ha sucedido, el daño moral sufrido por la víctima del delito con las

«La Audiencia, en contra de lo manifestado por el recurrente, ha basado su decisión en criterios adecuadamente expuestos en la sentencia, considerando como idóneos para fijar la responsabilidad civil del acusado la gravedad del delito y el “menoscabo moral” que el mismo produce a las víctimas. Ambos criterios son jurídicamente correctos para fundamentar la determinación del daño moral, dado que este resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. El daño moral, además no se deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostenerlo la defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. Es claro, pues, que el daño moral no necesita prueba, sino que deriva de determinadas infracciones y actuaciones que su mera ejecución ofenden la dignidad personal y atentan al honor y respetabilidad de las personas».

En la misma línea, las SSTs 27/03/2002 y 62/2015 de 17 febrero dicen que:

«La única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que estos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el *quantum* indemnizatorio señalado por el Tribunal sentenciador en el ejercicio de una prudente discrecionalidad únicamente revisable en casación cuando la valoración rebasa los límites mínimos y máximos dentro de los cuales resulta razonable esa prudente discrecionalidad».

alteraciones patológicas o psicológicas que la misma haya podido padecer.

Por eso, la Sala Segunda del TS aclara, en relación con la falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente, que los daños morales no es preciso que se concreten en alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que basta con que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente los juzgadores no podrán contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, de su entidad real o de su potencial relevancia y repulsa social, así como de las circunstancias personales de los ofendidos (SSTS 957/1998, 16 de mayo, y 1159/1999, 29 de mayo).

La Sala Segunda (SSTS 66/2016, de 8 de febrero, y 620/2015, de 22 de octubre) añade que:

«La facultad o arbitrio al que queda sometida la determinación de la cuantía por daño moral corresponde al Tribunal de instancia, quedando limitada la intervención del de casación a aquellos excepcionales supuestos en que el juzgador de instancia desatienda los parámetros normativos, cuando la ley ofrece o impone criterios que no se cumplen o cuando el arbitrio ejercido es absolutamente irracional, desproporcionado o incongruente la cuantía otorgada».

5.2. DETERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL EN RELACIÓN CON DETERMINADOS ILÍCITOS PENALES

Aun cuando, como hemos visto, la determinación del *quantum* de la indemnización de los daños morales dependerá de la libre valoración efectuada por el órgano jurisdiccional en función del delito cometido y de los bienes jurídicos afectados, podemos examinar la línea seguida por nuestra jurisprudencia en relación con la indemnización de los daños morales sufridos por la víctima causados por determinados ilícitos penales.

5.2.1. Daños morales y delito de homicidio

El fallecimiento de la víctima de un delito de homicidio da lugar a una indemnización que, para el caso de los delitos imprudentes relacio-

nados con la conducción de vehículos a motor, tiene señalada una cuantía determinada en el baremo aprobado por Ley 35/2015 que abarca tanto el perjuicio personal básico derivado de dicho fallecimiento, cuya cuantía se verá incrementada, en su caso, por los perjuicios particulares y excepcionales, como determinados perjuicios patrimoniales (gastos de sepelio, por ejemplo).

Para el reconocimiento de tales indemnizaciones, que en el caso del homicidio doloso deber recordarse que serán orientativas y constituirán un mínimo del que partir para determinar el daño que se debe resarcir, se requiere la concurrencia de un nexo entre el perjudicado y la víctima, que en ocasiones será de tipo familiar/afectivo y en otras de carácter afectivo aun sin vínculo familiar.

Es aquí donde la Sala Segunda TS ha aclarado que la reparación de ese daño moral debe reservarse para quienes, de manera real y efectiva, han sufrido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de una relación de afectividad con esta más allá de la concurrencia o no de vínculos familiares de consanguinidad⁴⁸.

5.2.2. Daños morales y protección del derecho al honor

A diferencia del supuesto ya examinado, en el que mediante la aplicación del baremo podemos obtener un cálculo que, al menos como punto de partida, nos puede facilitar la determinación del *quantum* de la responsabilidad civil *ex delicto*, en los delitos contra el honor —al igual que en otros tipos delictivos que analizaremos más adelante— nos encontramos ante una total ausencia de criterios «objetivos» para el cálculo del daño moral sufrido por la víctima, aunque sí podemos acudir a la concurrencia o no en el caso concreto de determinadas circunstancias que pueden ayudar a determinar el alcance de ese daño moral.

Por otra parte, se trata de delitos que se cometen cada vez con más frecuencia y con una facilidad y un alcance antes desconocidos debido, en

⁴⁸ STS 1625/2003, de 27 de noviembre (recurso de casación 1847/2002; Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo), citada más arriba. En el mismo sentido, la STS de 5 de noviembre de 1990 establece que: «[...] ha de atenderse en la “pecunia doloris”, sobre todo al vacío que deja la víctima en la reclamante, en sus sentimientos de afecto, en su grado de parentesco, permanente convivencia familiar con el perjudicado del que había de ser no solo apoyo económico sino, sobre todo, afectivo».

general, a la proliferación de las denominadas «redes sociales», que además multiplican exponencialmente el daño causado a la víctima⁴⁹.

Además de lo señalado al respecto por nuestra jurisprudencia, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo artículo 9.3 dispone que:

«La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

Asimismo, deberemos prestar atención al tipo delictivo y a las circunstancias concretas de su comisión. Por ejemplo, en el delito de injurias se tendrá en cuenta la índole y gravedad de las expresiones proferidas, y su mayor o menor carácter vejatorio o humillante⁵⁰, pero también si se profirieron de forma reiterada y, como indica el artículo 9.3 LO 1/1982, el ma-

⁴⁹ Si bien es cierto que habrá que analizar en cada caso la aplicación, red social, etc. utilizada para la difusión de la ofensa, pues no toda publicación de un contenido a través de una red social se traducirá automáticamente en una mayor difusión de la misma que la que puede producirse, por ejemplo, por escrito, o a través de medios de comunicación más “tradicionales” como un periódico o una emisora de radio. De este modo, por ejemplo, la SAP Guadalajara 148/2021, de 21 junio (recurso de apelación 71/2021; Ponente: Eva Estrella Ramírez García), en un supuesto de injurias graves con publicidad a través de la red social Facebook señala lo siguiente:

«[...] no pueden haber tenido una gran difusión, pues no parece que un foro de FACEBOOK de un concreto partido político referido a una pequeña localidad de Guadalajara, que según el escrito de calificación del querellante tiene unos cinco mil habitantes, tenga un número significativo de visitas, y no habiendo más parámetros para fijar la indemnización por daño moral, de la sola comparación con las cantidades que por lesiones físicas pueden obtenerse con motivo de un accidente de circulación parece que el importe pedido debe considerarse excesivo».

⁵⁰ La SAP Burgos 53/2017, de 13 febrero; recurso de apelación 186/2016; ponente: Francisco Manuel Marín Ibáñez, señala que:

«En el presente caso debe considerarse acreditada la existencia de un daño moral susceptible de indemnización, máxime si se tiene en cuenta que las injurias proferidas lo fueron en forma reiterada, en voz alta y en lugares públicos (desde el balcón de la acusada hacia la calle cuando pasó la denunciante; en la cola de cajas del establecimiento Mercadona; mientras el marido de la denunciante abría su establecimiento), incluso a clientes del Bar Blanjambar que explotaba la denunciada y que, anteriormente, había sido explotado por la denunciante. Estas injurias afectan a la fama social de Esmeralda, teniendo el carácter vejatorio y humillante conocido por terceras personas, por lo que este daño moral que dichas injurias producen deben ser indemnizadas sin mayor necesidad de pruebas».

yor o menor alcance de su difusión, pues no es lo mismo que se profieran ante una escasa concurrencia de personas⁵¹ que se difundan a través de las redes sociales o a través de la radio o de la televisión. En estos últimos casos habrá también que examinar el medio empleado, su alcance, la cantidad de público que accede a su difusión, el horario de emisión, etc.⁵².

Por otra parte, el hecho de ostentar o de ser titular de un determinado puesto o empleo, especialmente cuando se trata de cargos públicos, puede ser un factor irrelevante o, por el contrario, un elemento determinante de una mayor ofensa para el derecho al honor⁵³.

5.2.3. Daños morales y protección del derecho a la intimidad

Un claro ejemplo del daño moral causado por la comisión de los delitos que atentan contra el derecho a la intimidad lo encontramos en la STS

⁵¹ Si bien es cierto que el atentado contra el honor puede ser tan grave como el cometido mediante el uso de las redes sociales, desde el punto de vista de la aflicción causada a la víctima y cuando se comete en un ámbito más reducido, se ocasiona un gran perjuicio al ofendido por las circunstancias del lugar en que se comete. Piénsese, por ejemplo, en las injurias proferidas contra el vecino de una pequeña localidad cuya difusión puede que no alcance más que a un puñado de personas, pero que pueden producir un grave escarnio para quien allí vive y es por todos conocido (SAP Castellón 27/11/2012).

⁵² El daño que potencialmente puede causar la ofensa no será el mismo si se vierte en una televisión local, por ejemplo, que en un canal de ámbito estatal o internacional (SAP de Sevilla 335/2013, de 25 julio; recurso de apelación 4477/2013; ponente: Víctor Nieto Matas). También habrá de valorarse la franja horaria en que se difunda la ofensa, por la mayor o menor cantidad de espectadores a la que pueda llegar la misma (SAP Murcia 80/2010, 4 de mayo; recurso de apelación 64/2010; ponente: Andrés Montalbán Avilés).

⁵³ SAP León 94/2002, de 11 de noviembre (recurso de apelación 125/2002; ponente: Baltasar Tomás Carrasco). En este caso, la condición de representante electa de un ayuntamiento no era factor determinante de un mayor daño para la víctima: «La juzgadora *a quo* ha estimado ponderada la suma de 600 euros, al igual que la estima esta Sala, considerándose igualmente que el carácter de representante electo de un ayuntamiento no tiene que suponer un superior daño moral que el que supone para las otras ofendidas, cuando las injurias en ningún caso están relacionadas con dicho cargo».

A diferencia del caso examinado en la SAP Almería 210/2010, de 17 de junio (recurso de apelación 27/2010; ponente: Ángel Villanueva Calleja) el hecho de que el perjudicado ostentara un cargo público y se encontrara en campaña electoral determinó una mayor gravedad del daño moral infligido:

«Los términos utilizados indudablemente produjeron un gran daño moral al actor, además ha de tenerse en cuenta que se hicieron con publicación en un periódico con difusión en Almería capital y provincia, donde el alcalde de la localidad de Níjar es conocido por gran número de personas y que en aquellas fechas se encontraba en campaña electoral como el propio acusado reconoce».

367/2001, de 22 de marzo, dictada en recurso de casación 3583/1999 (ponente: José Antonio Martín Pallín), relativa al denominado «caso CESID».

En concreto, la agresión a la intimidad se produjo como consecuencia de la interceptación y captación ilegal de conversaciones telefónicas, lo que da lugar a la lesión del bien jurídico protegido al atentar contra la indemnidad moral de los sujetos sometidos a vigilancia y escucha.

Cuestión distinta es la posterior difusión o divulgación de esas conversaciones telefónicas, ya que aquí de lo que se trata es de la causación de un daño moral derivada directamente de esa escucha ilegal. Esta sentencia señala que:

«El hecho de que un ciudadano se vea sometido al seguimiento y escucha de sus conversaciones telefónicas, supone ya una agresión a su intimidad por lo que su dignidad se resiente de modo directo y necesario por la realización del hecho delictivo y se le ocasiona un daño moral, que es absolutamente independiente de los diferentes daños que pudieran originarse por la divulgación posterior del contenido de las conversaciones».

Como bien precisó en este caso el Ministerio Fiscal, el daño moral abarca un amplio espectro de posibilidades y engloba, sin ninguna duda, la ofensa al sentimiento de dignidad, que se ha visto vejado por la interceptación de las conversaciones telefónicas de carácter personal.

5.2.4. Daños morales y delitos contra la libertad sexual

En estos tipos delictivos la jurisprudencia del TS ha sido clara al afirmar que el daño moral nace de la importancia del bien jurídico protegido (libertad sexual) y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado que, en todo caso, produce en la víctima un sentimiento de indignidad, un menoscabo de su dignidad.

Además, suele suceder, por desgracia con demasiada frecuencia en nuestros días, que este tipo de delitos son objeto de grabación y posterior difusión, normalmente por parte de sus propios autores, a través de aplicaciones informáticas como WhatsApp o de redes sociales que luego encuentran su eco en medios tradicionales de comunicación de masas como la radio o la televisión, lo que da lugar a lo que se ha llamado «revictimización» o «victimización secundaria» puesto que la víctima del delito se ve obligada a revivir constantemente los hechos delictivos sufridos, que en

su momento ya le causaron un grave quebranto moral, lo que aumenta o prolonga en el tiempo el perjuicio espiritual que se le ha ocasionado.

Como ejemplo de lo expuesto, por su repercusión mediática, por el «juicio paralelo» derivado de tal repercusión (difusión a través de medios de comunicación social, concentraciones y manifestaciones de repulsa a los autores y apoyo a la víctima, declaraciones políticas, etc.) y por el criterio adoptado por la Sala Segunda del TS para fundamentar el cambio de calificación jurídica de los hechos de abuso sexual a agresión sexual, podemos mencionar el conocido como caso de La Manada, resuelto en un principio mediante la Sentencia de 30 de noviembre de 2018, dictada por la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ de Navarra, que fue recurrida en casación (recurso 396/2019), lo que dio lugar a la STS 344/2019, de 4 de julio (ponente: Susana Polo García).

En relación con la sentencia no vamos a entrar aquí en la muy debatida cuestión acerca de la concurrencia de intimidación y consecuente anulación de la voluntad de la víctima porque lo que ahora nos interesa es examinar lo relativo a la determinación y valoración de los daños morales causados a la misma.

En primer lugar, y sin perjuicio del daño derivado de la denominada «victimización secundaria», al que también aludiremos, la Sala Segunda comienza haciendo un recordatorio de su doctrina acerca de la reparación del daño moral con referencia a diversos aspectos que se han ido exponiendo a lo largo de las páginas precedentes. En primer lugar, el tribunal de instancia es «soberano» en la determinación del *quantum* de la indemnización (STS 131/2007, de 16 de febrero)⁵⁴. Sin embargo, el tribunal de instancia debe motivar su resolución a pesar de la dificultad que entraña la valoración y fijación del *quantum* cuando de daños morales se trata⁵⁵.

⁵⁴ Valoración, dice la sentencia, que:

«[...] no puede ser sometida a la censura de la casación por ser una cuestión totalmente autónoma y la de discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la jurisprudencia de esta Sala que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o lo que es igual, el supuesto de precisar o si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza (SSTS 18.03.2004, 29.09.2003, 29.09.99, 24.05.99)».

⁵⁵ «[...] la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, art. 120 CE, puesta de relieve por el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad civil ex delicto (SSTC 78/86 de 13.6 y 11.2.97) y por esta Sala (SS 22.7.92, 19.12.93, 28.4.95, 12.5.2000) impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias precisando, cuando ello sea posible, las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación), y no lo es, o alcanza dificultades a veces insuperables, explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas pre-establecidas».

Además, la prueba del daño moral deriva de la gravedad de los hechos y de la lesión del bien jurídico protegido, en este caso la libertad e indemnidad sexuales, sin necesidad de mayor prueba, y no es necesario que se concrete en alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por la víctima⁵⁶.

La Sala Segunda, de acuerdo con los criterios expuestos, comienza señalando que debe modificarse el *quantum* de la responsabilidad civil *ex delicto* contenida en la sentencia objeto de casación habida cuenta que su determinación solo se fundamenta en el estrés postraumático sufrido por la víctima de la agresión sexual sin tener en cuenta otros daños morales derivados del delito y que debieron ser también valorados.

Es aquí donde se alude a esa «revictimización» o «victimización secundaria» sufrida por la ofendida, consecuencia de la trascendencia mediática del caso, lo que ha producido en la víctima un «desasosiego» y un «estrés y angustia inmensos» que han causado un sufrimiento añadido (la sentencia dice que le ha supuesto «incluso, mayor dolor y sufrimiento») al verse «juzgada y maltratada» en todo tipo de redes sociales, todo lo cual debe considerarse como daño moral cuya valoración y cuantificación debe ser independiente de la correspondiente al estrés postraumático sufrido por aquella⁵⁷.

La difusión masiva de estos hechos delictivos, de las circunstancias del caso y de las relativas a víctima y autores del delito afectan al dolor padecido por aquella y al alcance del daño moral infligido hasta tal punto que la referida STS y el ruido mediático que rodeó el caso dio lugar a que la víctima de un delito de abusos sexuales protagonizado por varios de los miembros de la denominada «manada» que había tenido lugar en la feria de Pozoblanco (Córdoba) dos meses antes de los sucesos de San Fermín en Pamplona, también concurriendo la grabación de los abusos mediante un teléfono móvil y la posterior difusión en un grupo de chat, sufriera esa

⁵⁶ La propia Sala cita su Sentencia 445/2018, de 9 de octubre, a cuyo tenor: «[...] el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima».

⁵⁷ Argumenta la Sala que:

«[...] solo aprecia para cuantificar el daño moral el “estrés postraumático” que deriva del hecho delictivo al que se refieren las psicólogas forenses, es decir de la agresión sexual múltiple de la que fue objeto la víctima. En cambio, tal y como mantiene la recurrente, no se cuantifica el desasosiego que embargó a la misma tras conocer que existían vídeos y pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar, la trascendencia mediática del caso, el estado de ánimo negativo de la víctima al conocer que había sido objeto de seguimientos por detectives privados, que implica una intromisión en su intimidad, e incluso el dato apuntado por el propio Tribunal que pone de relieve que la víctima estaba preocupada por su libertad, e incluso por su seguridad».

«revictimización» o «victimización secundaria» producida por el interés mediático del caso, interés que no se habría suscitado si previamente la agresión sexual cometida en Pamplona no hubiera tenido el enorme seguimiento que suscitó en los medios de comunicación. De nuevo, como en el caso de la víctima de Pamplona, la de Pozoblanco hubo de sufrir no solo el perjuicio causado directamente por los abusos sexuales, sino también el derivado de sentirse observada y criticada por la difusión de los hechos en los medios de comunicación⁵⁸.

La SAP Córdoba 306/2020, de 11 de noviembre, que resolvió los recursos de apelación contra la dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal N.º 1 de la misma localidad, consideró procedente aumentar el importe de la responsabilidad civil *ex delicto* en concepto de daños morales precisamente como consecuencia de esa «revictimización» pues, aunque la repercusión mediática no sea directamente atribuible a los acusados, lo cierto es que produce en la víctima ese fenómeno de «victimización secundaria» y una agudización de sus sentimientos y de su bienestar psicológico, y ello no tiene otro origen que el enfrentamiento a una situación especialmente estresante que deriva de la condición de víctima del delito.

⁵⁸ Los hechos acaecidos en Pozoblanco dieron lugar, en primera instancia, a la Sentencia 98/2020, de 14 de abril, del Juzgado de lo Penal N.º 1 de Córdoba, que señala lo siguiente:

«Ese interés mediático determinó que un hecho que posiblemente en otro caso hubiera pasado inadvertido más allá del entorno más próximo a la víctima, se convirtió igualmente en noticia relevante y, por ello, conocida por una parte muy importante de la población. Lamentablemente dicho conocimiento no solo despertó sentimientos de apoyo y solidaridad hacia la víctima sino también incluso de culpabilización (atribuyéndole parte de la responsabilidad por el mero hecho de haberse montado en el coche con los acusados) e incluso la mera curiosidad morbosa de otros de manera que quien, tras saberse víctima, experimentó la lógica respuesta de rechazo, el sentimiento de haber sido humillada por sus agresores, hubo además de sentirse observada, criticada [...]».

Esta sentencia fue apelada, lo que dio lugar a la SAP Córdoba 306/2020, de 11 de noviembre, que hace alusión también a la «revictimización» de la víctima y a la especial relevancia mediática del caso, con especial difusión de los hechos y del vídeo en los medios de comunicación, y teniendo en cuenta, además, que la víctima vive en una localidad pequeña en la que todos se conocen.

Contra esta SAP Córdoba los condenados interpusieron recursos de casación (procedimiento número 5441/2020), que fueron inadmitidos por providencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (ponente: Manuel Marchena Gómez), de fecha 24 de junio de 2021, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 847.1, letra b) y 889, párrafo segundo, de la LECrim., según la interpretación que de los mismos ha realizado la jurisprudencia de la citada Sala, entre otras, en la STS 210/2017, de 28 de marzo, aplicando asimismo los criterios adoptados en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la misma, de fecha 9 de junio de 2016 (relativo a la unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación).

Por otra parte, en los casos de agresiones sexuales contra menores el daño moral no trata ya solo de resarcir esa afectación de la indemnidad sexual de la víctima y del sufrimiento y la tristeza que suelen ir aparejadas a la comisión de estos delitos, sino los efectos especialmente perniciosos que producen en personas de corta edad, para las cuales implica una grave interferencia en su desarrollo psicosexual⁵⁹ además de afectarles negativamente en el rendimiento escolar y en las relaciones con sus amigos y con la familia⁶⁰.

5.2.5 Daños morales y delitos contra la libertad. El acoso

El delito de acoso o *stalking* fue incorporado a nuestro ordenamiento penal mediante la reforma del CP llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y se ubica dentro de los delitos contra la libertad.

La primera STS que se pronunció sobre este tipo delictivo fue la número 324/2017, de 8 de mayo (recurso de casación 1775/2016; ponente: Antonio del Moral García), que en su fundamento de derecho tercero recuerda que la primera ley *antistalking* se aprobó en California en 1990, iniciativa que se fue extendiendo por los demás estados confederados hasta 1996, año en que ya existía legislación específica no solo en todos ellos, sino también a nivel federal. Posteriormente, Canadá, Australia, Reino Unido y Nueva Zelanda siguieron esa estela a la que se fueron sumando países

⁵⁹ STS Sala de lo Penal 625/2021, de 14 de julio (recurso de casación 10085/2021; ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca). Fundamento de derecho séptimo:

«2. En el caso, el Tribunal acordó una indemnización de 15 000 euros para el menor y de 5000 euros en favor de su madre, sobre la base de considerar existente un daño moral, teniendo en cuenta que consta en la causa un informe psicológico del menor en el que se informa que se ha producido una grave interferencia en su desarrollo psicosexual que puede distorsionar gravemente el concepto del mismo acerca de la sexualidad y de las relaciones sexuales. Y, en cuanto a la madre de éste, se valora que igualmente consta un informe médico forense que acredita el estado de grave tristeza y afectación que lo sucedido con su hijo le había provocado, generándole ansiedad y fácil irritabilidad».

⁶⁰ STS Sala de lo Penal 337/2021, de 22 de abril (ponente: Susana Polo García). Fundamento de derecho décimotercero:

«Como acertadamente analiza la sentencia de instancia —FD 3.º— las cantidades concedidas en la sentencia no lo son por lesiones o secuelas producidas, sino por el daño moral, en tal sentido, se afirma que la sentencia valora, además para fijar el quantum el informe de las psicólogas designadas judicialmente que coinciden en las consecuencias psicológicas negativas de los hechos en las víctimas, señalando en cuanto a la menor Isidora su interferencia en el rendimiento escolar y las consecuencias en sus relaciones con la familia y amigos; y del menor Sergio, que ha estado en tratamiento psicológico como consecuencia de los hechos».

de tradición jurídica continental como Alemania (*Nachstellung*), Austria (*behrrliche Verfolgung*), Países Bajos, Dinamarca, Bélgica o Italia (*atti persecutori*).

El artículo 172 ter CP tipifica como delito el acoso a una persona llevado a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, por medio de alguna de las conductas descritas como *numerus clausus* en el propio precepto. Además, deben alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la persona acosada como vigilar, perseguir o buscar su cercanía física; establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas; usar indebidamente sus datos personales, adquirir productos o mercancías, contratar servicios o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella; o atentar contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

La referida STS señala al respecto que «se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados, lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana»⁶¹.

En definitiva, son delitos que atentan contra la libertad y que también suponen un atentado contra la integridad moral del que se derivan daños morales, pues se trata de conductas que se prolongan en el tiempo (a veces durante muchos meses) y causan perjuicios personales que se traducen en intranquilidad (angustia, dificultad para conciliar el sueño, etc.), temor

⁶¹ Concreta la sentencia que:

«La reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso. La reiteración puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo, pero siempre que se trate de las acciones descritas en los cuatros apartados del precepto. Algunas podrían por sí solas invadir la esfera penal. La mayoría, no. El delito de hostigamiento surge de la sistemática reiteración de unas u otras conductas, que a estos efectos serán valorables aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudiera haber prescrito (si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal).

El desvalor que encierran los concretos actos descritos (llamadas incontestadas, presencia inesperada...) examinados fuera de su contexto es de baja entidad, insuficiente para activar la reacción penal. Pero la persistencia insistente de esas intrusiones nutre el desvalor del resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar la respuesta penal que el legislador ha previsto.

Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima».

(miedo a salir a la calle, a acudir a determinados lugares, etc.)⁶² o desasosiego⁶³ entre otros.

Por tanto, a efectos de determinar el *quantum* de la indemnización por daños morales, habrá que tener en cuenta esos perjuicios irrogados a la víctima, así como las circunstancias concretas del caso relativas a la conducta de hostigamiento sufrida por esta y llevada a cabo por el sujeto activo, tales como la cantidad de llamadas, mensajes (mediante aplicaciones tipo WhatsApp o Telegram o a través de redes sociales tipo Facebook, Instagram, etc.), tono de los mismos, duración del hostigamiento, repercusión en el ánimo de la víctima, afectación a su vida personal, familiar, social, laboral, etc⁶⁴.

Por otra parte, el artículo 173 CP tipifica el acoso laboral y castiga al que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realice contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

El acoso laboral o *mobbing* supone un deliberado y continuo maltrato moral y verbal que recibe un trabajador a pesar del desempeño que tenga en la realización de las tareas encomendadas. Se refiere a situaciones de hostigamiento psicológico en el trabajo que se manifiestan en forma de conflictos interpersonales. Al contrario que en la violencia física o en el acoso sexual, el *mobbing* parece ser un proceso más silencioso y sutil que conduce a un aumento de confusión y a la disminución de la autoestima de la víctima, que incluso llega a sentirse responsable de lo que sucede⁶⁵.

Este tipo penal requiere que la conducta implique un trato degradante, pues se constituye como una modalidad específica de «atentado contra la integridad moral» caracterizada por su carácter sistemático y prolongado

⁶² Véase: SAP Murcia 296/2021, de 14 de octubre (ponente: María Concepción Roig Angosto).

⁶³ Véase: SAP Oviedo 377/2021, de 15 de octubre (ponente: Francisco Javier Rodríguez Santocildes). Alude a la sensación de desasosiego sufrido por la víctima como consecuencia de la reiteración en la recepción de llamadas telefónicas (125 llamadas en una semana).

⁶⁴ Véase: SAP Logroño 217/2021, de 26 de octubre (ponente: José Carlos Orga Larrés). Supuesto de hostigamiento mediante el envío de más de mil mensajes a lo largo de seis años, que constituyen *per se* un instrumento idóneo para provocar una grave alteración en la vida de cualquier persona.

⁶⁵ Véase: STS Sala de lo Penal 426/2021, de 19 de mayo (recurso de casación 2919/2019; ponente: Manuel Marchena Gómez).

en el tiempo que determina un clima de hostilidad y humillación hacia el trabajador por quien ocupa una posición de superioridad, de la que abusa⁶⁶.

También en estos ilícitos penales nos encontramos ante conductas que suponen un ataque contra la integridad moral de la víctima «como un valor independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor»⁶⁷, siendo característica de su realización «el carácter sistemático y prolongado en el tiempo que determina un clima de hostilidad y humillación hacia el trabajador por quien ocupa una posición de superioridad de la que abusa». También podemos señalar que se trata de generar en la víctima un estado de desasosiego mediante el hostigamiento psicológico «que humilla» a la misma constituyendo «una ofensa a la dignidad»⁶⁸.

Ese menoscabo a la dignidad de la persona se traducirá, con frecuencia, en sentimientos de ansiedad, preocupación, tristeza, pensamientos obsesivos sobre los hechos, incapacidad para encontrar soluciones a los problemas laborales, miedo, angustia, etc.⁶⁹, que habrán de ser objeto de reparación mediante la correspondiente indemnización. Para su cuantificación es necesario acudir bien al baremo reformado por la Ley 35/2015, con carácter orientativo, si tal menoscabo se hubiese traducido en unas lesiones psicológicas susceptibles de valoración conforme al mismo, o bien a la determinación del daño moral teniendo en cuenta la gravedad de la conducta, su duración, el alcance del daño a la dignidad de la víctima, cómo ha afectado a su vida personal, familiar y laboral, si se han desempeñado actividades o trabajos que no había obligación legal o contractual de realizar, etc.

5.3. DETERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La problemática cuestión de la determinación del *quantum* en el resarcimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* por daños morales se ha visto también plasmada, como no podía ser de otro modo, en las decisiones de la Sala de lo Militar del TS, así como en el Tribunal Militar Central y en

⁶⁶ Véase: SAP Navarra 30/2021, de 26 de enero (recurso de apelación 227/2017; ponente: José Francisco Cobo Sáez).

⁶⁷ Véase: STS 426/2021 (fundamento de derecho 2.5.2).

⁶⁸ Véase: SAP Valencia 530/2021, de 8 de octubre (ponente: Marta Chumillas Moya).

⁶⁹ Véase: STS 406/2020, de 17 de julio (recurso de casación 3923/2018; ponente: Julián Sánchez Melgar); STS 409/2020, de 20 de julio (recurso de casación 4187/2018; ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina).

los tribunales militares territoriales, que han seguido al respecto la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala de lo Penal del Alto Tribunal.

De entrada, y antes de hacer una breve exposición de algunos de los pronunciamientos que, en el ámbito de la jurisdicción militar, han tratado esta cuestión, recordaremos, por lo acertado y completo de la misma, la definición de que daño moral se contiene en la Sentencia 44/2019, de 21 de junio, del TMT Primero (Sumario 14/017/16; ponente: Lorenzo Marroig Pol), a cuyo tenor:

«En el ámbito penal, el daño moral puede definirse como todo impacto, quebranto o sufrimiento físico o espiritual, agravio o deterioro de la persona en su íntegra armonía psíquica, emocional o afectiva, en su autoestima o su heteroestima, en su dignidad personal, decoro, prestigio, reputación o consideración social, así como todo sentimiento de pesadumbre, temor, zozobra, angustia, ansiedad, inquietud, impotencia de resolución y presagio de incertidumbre, que la perturben a causa de un hecho delictivo».

Los criterios generales ya expuestos en materia de prueba de los daños morales, carácter no vinculante del baremo aplicable a las víctimas de accidentes de circulación, etc., aparecen reflejados en las sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

De este modo, la Sala de lo Militar recuerda que los criterios objetivos incluidos en el referido baremo solo están justificados para los supuestos en que los daños a las personas tienen su causa en tales accidentes producidos por la circulación de vehículos a motor, y solo en ellos operan los topes máximos que limitan las correspondientes indemnizaciones derivadas de esos daños⁷⁰.

La Sala Quinta también recuerda que la valoración de los daños morales, por su propia naturaleza, no puede obtenerse por medio de una prueba objetiva. Por ello, los tribunales no quedan limitados en la fijación de su adecuada cuantía y el órgano jurisdiccional puede, casuísticamente, decidir libremente en función de las circunstancias concurrentes y de las personas afectadas (STS Sala V 10.11.2016).

⁷⁰ Véase: STS Sala de lo Militar de 15 de noviembre de 2000 (recurso de casación 30/2000; ponente: Fernando Pérez Esteban). La responsabilidad civil se declaró como consecuencia de la apreciación de un delito contra la eficacia del servicio del artículo 159.2 del Código Penal Militar por disparo imprudente de arma de fuego en acto de servicio apartándose de los consignados en el referido baremo de la Ley 30/1995.

En este sentido, la Sala Quinta⁷¹ añade también que:

«Constituye una doctrina jurisprudencial consolidada que, como regla general, la cuantía de las indemnizaciones concedidas por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no es revisable en casación pues corresponde a la función soberana de los Tribunales de instancia (SSTS Sala 1^a, de 28 de Marzo de 2005, 9 de Junio y 13 de Junio de 2006 y 16 y 20 de Febrero y 31 de Mayo de 2011, entre otras muchas), salvo en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada (Sentencia de dicha Sala de 20 de Diciembre de 2006, que, en este punto cita la de 23 de Noviembre de 1999), especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesarias y adolecen de desajustes apreciables mediante la aplicación de una racionalidad media (SSTS de 20 de Octubre de 1988, 19 de Febrero de 1990, 19 de Diciembre de 1991, 25 de Febrero de 1992, 15 de Diciembre de 1994, y 21 de Abril de 2005)».

Esta doctrina aparece sintetizada con acierto en la ya citada sentencia del TMT Primero, en cuyo fundamento de derecho décimo se indica lo siguiente:

«La generación de daños morales a la víctima, en casos como el que no ocupa, por la propia índole o caracterización de las conductas delictivas llevadas a cabo, es, a nuestro entender, una consecuencia inherente al hecho o hechos delictivos cometidos; de ahí, que, a nuestro entender, que no quepa exigir una identificación, con detalle, de los daños psíquicos que se hayan sufrido, ni resulta, siquiera, acreditarlos en las actuaciones, ni es preciso, una prueba concreta de los mismos, al desprenderse de la propia naturaleza de los hechos delictivo ejecutados, al no existir un baremo para valorar el sentimiento de humillación o vejación experimentado por la víctima, a efectos de la determinación o cuantificación del daño, y, de ahí, que resulte posible acudir “a un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva” (vid., Sentencia de la Sala 2.^a, de lo Penal, del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2002, y Sentencias de la Sala 5.^a, de lo Militar, del Tribunal Supremo, de 26 de octubre

⁷¹ Véase: STS Sala de lo Militar 76/2018, de 30 de julio (recurso de casación 14/2017; ponente: Clara Martínez de Careaga y García).

de 2004, 18 de noviembre de 2005, 18 de noviembre de 2008, 23 de septiembre de 2011 y de 17 de diciembre de 2012)».

Esto no significa, como también señala la Sala Quinta, que la fijación de la cuantía del daño moral no deba ser objeto de motivación en la resolución judicial en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto (STS Sala V 22.06.2011).

Otras sentencias de la Sala Quinta contienen una breve síntesis de algunos de los criterios que viene reiterando la Sala Segunda en esta materia. De este modo, en la sentencia de 27 de octubre de 2004 (recurso de casación 109/2002; ponente: Ángel Juanes Peces), la Sala de lo Militar señala lo siguiente:

«La Jurisprudencia ha sentado los principios generales por los que debe regirse la materia, diciendo que:

1) La indemnización comprende los perjuicios materiales y morales. Según ha señalado la Jurisprudencia, mientras los perjuicios materiales han de probarse, los morales no requieren prueba cuando su existencia se deduce de forma inequívoca de los hechos (SSTS Sala II, de 27 de mayo de 1992 y 28 de abril de 1995, entre otras).

2) La determinación del daño moral ha de ser establecida mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva (STS Sala II de 5 de marzo de 1991).

3) Los daños morales comprenden varios aspectos, entre los que debe destacarse el padecimiento de la víctima durante el periodo de curación y el sufrimiento producido por la acción delictiva».

Además, como recuerda el TMT 2.º, para considerar procedente la indemnización por daño moral será necesario no solo acreditar la realidad del mismo —que debe ser antijurídico— y su imputabilidad —que sea causado por una persona que haya estado en condiciones de prever y evitar los resultados dañosos de su accionar—, sino que también deberá concurrir una relación de causalidad entre la culpa y el daño, es decir, la vinculación externa y material que enlace el hecho dañoso y el hecho de la persona o de la cosa que debe responder por haber causado el hecho por acción u omisión. Además, esa causalidad debe ser la adecuada para producir el resultado⁷².

⁷² La STMT 2.º 19/2019, de 10 de diciembre (sumario 26/04/2018; ponente: Juan Luis Martínez Caldevilla), que se pronuncia sobre un presunto delito de «insulto a superior»,

Asimismo, la Sala Quinta se ha pronunciado acerca de la posibilidad de moderar el importe de la reparación o indemnización por daños o perjuicios cuando la víctima hubiera contribuido con su conducta a su producción. Esto supone admitir la línea jurisprudencial que considera que, aunque el ámbito más propio de dicha compensación es el de los delitos

previsto y penado en el artículo 43 del Código Penal Militar, en su modalidad de amenazar e injuriar a un superior en su presencia, recoge en su FD 4.º la siguiente doctrina en relación con la determinación de la responsabilidad civil:

«Por otro lado, para atribuir responsabilidad civil a una persona se requieren tres requisitos:

a) El perjuicio o daño causado: es el elemento más importante de la responsabilidad ya que de no existir daño, no se responde civilmente. El daño, además, debe ser anti-jurídico.

b) La imputabilidad: significa que ante un hecho dañoso, es necesario además que este sea causado por una persona que haya estado en condiciones de prever y evitar los resultados dañosos de su accionar, debe entonces ser necesario que el autor goza de discernimiento, intención y libertad.

c) La existencia de una relación de causalidad entre la culpa y el daño: es la vinculación externa, material que enlace el hecho dañoso y el hecho de la persona o de la cosa, que debe responder por haber causado el hecho por acción u omisión; debiendo esa causalidad ser la adecuada para producir el resultado.

Cierto es que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados. No se trata tampoco de daños morales, en los que el Tribunal gozaría de arbitrio judicial para determinarlos. El daño moral, genéricamente, es un concepto que recoge “precio del dolor” (*pretium doloris*), esto es, el dolor, el sufrimiento, la tristeza que la comisión de un delito puede originar a las personas más cercanas a la víctima (independientemente que sean familiares o no), sin necesidad de prueba cuando deviene de los hechos declarados probados y por ello queda al libre arbitrio judicial, doctrina reiterada y consolidada de la Sala Segunda (SSTS 23-3-87, 20-12-96, 29-3-00 *inter aliadas*) y de esta Sala Quinta del Tribunal Supremo (SSTS 27-2-1988, 6-3-2006 entre otras). Efectivamente, se ha consolidado que la fijación de la cuantía de la indemnización es potestad reservada al prudente arbitrio de los Tribunales y que “la cuantía indemnizatoria solo es revisable cuando rebase, exceda o supere la reclamada o solicitada por las partes acusadoras y cuando no fije o lo haga defectuosamente las bases correspondientes” Que en suma, la fijación de *quantum* es potestad de los Tribunales de instancia, y que, para ello, el mismo dispone de un amplio arbitrio (STS:S:2.ª 10 de mayo de 1994). En el mismo sentido la sentencia de la misma Sala de 20 de diciembre de 1996: “el montante de las indemnizaciones que se acuerden como responsabilidad civil por delito es cuestión reservada al prudente arbitrio de los Tribunales de instancia sin que pueda su decisión someterse a recurso de casación, aunque sí las bases determinantes de la cuantía siempre que quede patente una evidente discordia entre esas bases y la cantidad señalada para la indemnización”. (STS:S: 2.ª 3 de febrero de 2010)».

En el caso concreto enjuiciado, la sentencia aclara que: «La mera invocación de la responsabilidad civil no es suficiente. El vínculo entre el delito y el daño del que nace la responsabilidad civil debe de estar tan acreditado como los hechos mismos», y considera que no ha quedado acreditada la relación de causalidad y no procede la responsabilidad civil solicitada por la acusación particular.

imprudentes, lo cierto es que el artículo 114 CP no hace exclusión de los delitos dolosos⁷³.

Más allá de los criterios que, con carácter general y para determinados aspectos relativos a la determinación de la responsabilidad civil *ex delicto* por daños morales (carácter orientativo del baremo, prueba, arbitrio judicial en la valoración del daño, necesidad de motivación, posibilidad de compensación de culpas, sujeción a los principios de rogación y congruencia, etc.) recoges las mencionadas sentencias, encontramos pronunciamientos de los órganos de la jurisdicción militar sobre la concreta valoración de los daños morales causados a la víctima en relación con determinados ilícitos penales previstos y penados en el CPM⁷⁴ en los que concurre ese atentado contra la dignidad personal o contra la integridad moral del ofendido por el delito, tal y como ocurre en los delitos de maltrato de obra o de insubordinación⁷⁵ en aquellas modalidades que atentan contra la libertad sexual

⁷³ Véase: STS Sala V de 9 de abril de 2013 (recurso de casación 6/2013; ponente: Ángel Calderón Cerezo). En su fundamento de derecho sexto, la Sala de lo Militar añade:

«Siguiendo con la jurisprudencia, la casuística deparada por la Sala 2.ª de este Tribunal se refiere a los casos de agresión provocada por la víctima, (STS 02.10.2002) o de grave provocación verbal respecto de personas allegadas del condenado (STS 04.12.2008), o bien a situaciones de riña mutuamente aceptada (SSTS 09.10.02007 y 10.02.2009); siempre que el comportamiento del propio perjudicado o sujeto pasivo del delito deba vincularse al resultado producido; sin que el art. 114 del Código Penal, decimos nosotros, constituya una base autónoma para moderar el alcance de la responsabilidad civil *ex delicto* por razones solo de equidad al margen de la afirmación de haber contribuido la víctima con su conducta, en términos de causalidad física o jurídica, a la producción del daño o perjuicio sufrido, lo que debidamente motivado será acompañado de ordinario, como advierte el fiscal togado en su elaborado escrito de apoyo a esta parte del recurso, del reconocimiento de alguna circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, como sucedería con la eximente incompleta en materia de legítima defensa, atenuantes por motivos pasionales o bien el acogimiento de circunstancias de análoga significación».

⁷⁴ LO 14/2015, de 14 de octubre.

⁷⁵ Delitos de insubordinación: insulto a superior; artículo 42 CPM: atentado contra la libertad e indemnidad sexuales; artículo 43 CPM: coacciones, amenazas, calumnias e injurias graves.

Delitos de abuso de autoridad: artículo 45 CPM: perjuicio grave a subordinado, obligación de realizar prestaciones ajenas al servicio, impedir arbitrariamente el ejercicio de un derecho; artículo 47 CPM: trato degradante, inhumano o humillante, actos de agresión o abusos sexuales; artículo 48 CPM: actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, amenazas, coacciones, injurias o calumnias, atentados graves contra la intimidad, dignidad personal o en el trabajo, actos que supongan discriminación grave.

Título III CPM. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares. Artículos 49 y 50, por las conductas descritas en los artículos anteriores, cuando sujeto activo y pasivo, militares, no incurran en los delitos de insubordinación e insulto a superior, y realicen dichas conductas públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio.

(agresión, abuso sexual, acoso sexual), contra la libertad (acoso por razón de sexo, acoso profesional, atentados graves contra la intimidad) o contra la dignidad personal (tratos degradantes, inhumanos, humillantes), con la particularidad de que, en muchos casos, esas conductas tendrán un carácter pluriofensivo, puesto que no solo dañarán los bienes jurídicos mencionados (libertad sexual, libertad, dignidad) sino también otros propiamente militares como la disciplina⁷⁶.

Como ejemplo, podemos citar la STMT 4.º número 3/2020, de 5 de febrero (Sumario 41/05/18; ponente: Ilmo. Sr. D. Fausto Manuel Blanco Álvarez), que se pronuncia sobre un presunto delito de abuso de autoridad, previsto y penado en el artículo 46 del Código Penal Militar, en concurso ideal con otro de lesiones, previsto y penado en el artículo 147.1 del Código Penal, y cuyo FD 10.º, tras un pormenorizado estudio de la doctrina de la Salas Segunda y Quinta del TS y en relación con la cuantificación del daño moral en el caso concreto enjuiciado, parte de las siguientes consideraciones:

«Esto resulta evidente en el presente caso, en el que nos encontramos con una agresión de un superior hacia un subordinado, en el desempeño de sus funciones, y con unas consecuencias de afectación a varios bienes jurídicos, no solo la salud de la agredida, sino que también se ve afectada su integridad moral y la disciplina como un factor sustancial que opera de forma global en el funcionamiento de cualquier actividad militar. Estos bienes jurídicos no se verían restituidos de su lesión, si únicamente acudiésemos al baremo previsto para los accidentes de tráfico. Es cierto, que el baremo ha tenido un efecto expansivo, porque sus tablas han permitido cuantificar económicamente las lesiones que se producen en los perjudicados. Sin embargo, esa cuantificación, en el caso de delitos dolosos, es, como ha venido señalando la jurisprudencia, orientativa y, en todo caso, un cuadro de mínimos, no vinculante y en el que se debe de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y al principio de indemnidad de la víctima (STS 11-10-2004, 17-02-2010, 23-03-2010, 02-07-2013, 22-05-2013, 05-11-2013)».

⁷⁶ Véase: STS Sala V de 5 de mayo de 2004:

«Este hecho por sí solo entraña ya una humillación grave susceptible de integrar el tipo aplicado pues con tal comportamiento no solo se lesionó el derecho a la libertad sexual de la soldado, causándole una grave humillación, sino también la obligación dirigida al superior en las Reales Ordenanzas de respetar la dignidad del subordinado al que no pueden hacer objeto de malos tratos ni vejación alguna, de ahí que hayamos calificado al delito previsto en el art. 106 del CPM de “pluriofensivo” ya que, no solo protege la integridad personal y moral sino también la disciplina que se proyecta tanto respecto del inferior al superior como a la inversa».

Además, fundamenta la valoración del daño moral con los siguientes argumentos:

«En el presente caso, resulta evidente para la Sala, que las lesiones físicas sufridas en el pecho por la soldado Dña. Raquel, que tardaron varios meses en curar y estabilizarse, llevan acompañadas un claro e importante daño moral, por las siguientes razones:

Se trata de una agresión producida en su ámbito laboral, propinada por un superior jerárquico, en presencia de compañeros. Es una agresión injustificada, que no responde a ninguna acción desencadenante de la misma como podría ser el tratarse de una riña o pelea; las consecuencias de la agresión fueron graves. Además, el sentimiento de humillación o vejación experimentado no puede ser obviado. La afectación a la dignidad personal de la soldado que sufrió una agresión por el mero hecho de ser novata y además porque no se quería golpear de forma liviana a la soldado por su condición de mujer que, según el agresor, en las Fuerzas Armadas, va a ser tratada de la misma forma que los varones. Demostrándolo con la intensidad del puñetazo.

También se ha de valorar las consecuencias en el ámbito laboral que tuvo unos primeros días en los que, a pesar del dolor, evitó darse de baja por razones médicas, para pasar inadvertida y no generar ningún tipo de problema. Posteriormente, dada la gravedad de la lesión no pudo continuar sus funciones con normalidad e intentó obtener una baja por razones médicas sin explicar el verdadero motivo de la misma y, finalmente, cuando tuvo que relatar lo ocurrido y dar parte de los hechos comenzó a recibir la desaprobación y rechazo por sus compañeros, que consideraron que no había sido correcta ni leal con sus mandos.

Todo el proceso, anteriormente relatado, de por sí denota un daño moral en la agredida, quien explicó, de forma lógica y convincente a la Sala, que fue uno de los factores que determinó su decisión de desvincularse de las Fuerzas Armadas».

En el caso concreto de la reparación del daño moral en los delitos contra la libertad sexual, la Sala Quinta TS, en Sentencia de 18 de noviembre

de 2005 (recurso de casación 101-24/05; ponente: Ángel Juanes Peces), siguiendo el criterio de la Sala Segunda, señala que:

«En efecto, según doctrina de esta Sala (por todas, STS de 26 de octubre de 2004), y de la Sala Segunda (STS de 25 de mayo de 2002), las agresiones sexuales de cualquier índole producen no solo daños físicos sino también daños morales cuya evaluación resulta también extremadamente difícil [...]. La indemnización de los daños morales es una consecuencia misma del hecho delictivo y no precisa concretarse en alteraciones patológicas o psicológicas previamente diagnosticadas. A la luz de la anterior doctrina resulta claro que en este caso los daños morales son una consecuencia inherente al trato degradante y que —contrariamente a lo argumentado por el tribunal de instancia— no guardan relación alguna con los daños psíquicos ni necesitan por tanto, ser acreditados, de ahí la innecesariedad de que la acusación particular presentara informe psicológico pues hemos dicho (y en ello insistimos una vez más) los daños morales no requieren prueba cuando, como en este caso, su existencia se deduce de forma inequívoca de los hechos (STS Sala 5.ª de 26 de octubre de 2004)».

A los efectos de la valoración del daño moral sufrido por la víctima en los delitos contra la libertad sexual, los TMT⁷⁷ han tenido en cuenta aspectos como la grave humillación padecida por aquella, la afectación a su dignidad profesional (importante en las relaciones jerárquicas propias del ámbito castrense), el ataque a la dignidad humana, la causación de situaciones de temor y humillación, la sensación de envilecimiento y de vergüenza, la especial intensidad del ataque contra el bien jurídico protegido, etc.

Finalmente, se ha pronunciado también la Sala Quinta acerca de la indemnización correspondiente a los supuestos de una impropriedad de libertad.

Así, en Sentencia de 16 de febrero de 2015 (recurso de casación contencioso-disciplinario militar 201-70/2015; ponente: Jacobo Barja de Quiroga López), la Sala Quinta señala en el FD 3.º que es doctrina reiterada de la Sala Tercera considerar que los daños producidos por una privación de libertad indebida no son evaluables mediante un baremo, si bien puede acudir a ciertas pautas como el tiempo de privación de libertad sufrido,

⁷⁷ Véase: STMT Segundo 20/2020, de 11 de marzo (sumario 21/01/19), STMT Segundo 21/2021, de 25 de enero (sumario 22/05/19), STMT Cuarto 10/2021, de 9 de junio (sumario 41/04/20), STMT Quinto 21/2020, de 26 de noviembre (sumario 51/10/17).

las ganancias dejadas de obtener, la repercusión que tiene en el ámbito familiar y social el hecho de que una persona se encuentre privada de libertad, la afectación a su imagen social y la ruptura familiar que implica, además de los daños materiales como las secuelas, tanto físicas como psíquicas, que tal hecho haya producido en la persona concreta de que se trate⁷⁸.

6. EL MINISTERIO FISCAL COMO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

El artículo 10.3 EOMF dispone que corresponde al Ministerio Fiscal, entre otras funciones, la de «velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas».

En el mismo sentido, el párrafo primero del artículo 773.1 LECrim. establece lo siguiente: «el fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del investigado o encausado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito».

Además, el artículo 4.6 EOMF dispone que, para el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal podrá:

«Establecer en las sedes de las fiscalías provinciales y en las que se considere necesario, centros de relación con las víctimas y perjudicados de las infracciones criminales cometidas en su circunscripción y por las que se sigue proceso penal en los juzgados o tribunales de la misma, con la finalidad de conocer los daños y perjuicios sufridos

⁷⁸ «En efecto, pues junto al daño directo (daño moral) producido por la privación de libertad, ha de tenerse en cuenta los perjuicios producidos por las ganancias dejadas de obtener (el denominado lucro cesante), en otras palabras, el perjuicio económico por encontrarse privado de libertad y no poder cumplir por ejemplo con sus obligaciones laborales o con otras obligaciones que tuviera. Además, también es indemnizable el daño moral producido por la repercusión que tiene en el ámbito familiar y social el hecho de que una persona se encuentre privada de libertad; queda afectado el honor, la reputación, en otras palabras, la imagen social que de él se tiene, esto es, el prestigio social. Así, como también lo que implica de ruptura familiar que una privación de libertad comporta; por ejemplo, entre otros extremos, no haber podido estar presente en el nacimiento de un hijo o en el funeral de un familiar. Naturalmente debe tenerse en consideración la mayor o menor posibilidad y probabilidad de olvido que la sociedad pueda tener en relación con la privación de libertad indebidamente sufrida. Y, por último, también cabe indemnizar por los daños materiales, sufridos, lo que implica la indemnización por las secuelas, tanto físicas como psíquicas, que tal hecho haya producido en la persona concreta de que se trate. Evidentemente todos estos daños deben ser objeto de alegación, solicitud y prueba».

por ellas y para que aporten los documentos y demás pruebas de que dispongan para acreditar su naturaleza y alcance».

De conformidad con esa función atribuida al Ministerio Fiscal, y en consonancia con la «creciente preocupación en torno a la protección a la víctima en el proceso penal», la FGE dictó la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal, cuya introducción ya pone de manifiesto que «el proceso penal no puede ser contemplado exclusivamente desde la perspectiva de la necesaria tutela de los intereses de la sociedad y de las garantías del acusado, sino también y de modo relevante, como instrumento de reparación del daño moral y patrimonial que la víctima ha recibido por el hecho delictivo».

Esta protección de la víctima, que debe quedar amparada en todas las fases del proceso, había sido ya objeto de atención por parte de la FGE en relación con determinadas víctimas, como es el caso de las relacionadas con la violencia doméstica, de género y contra la mujer, con la aprobación de disposiciones como la Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar; la Instrucción 2/2005, sobre acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género; o la Instrucción 7/2005, de 23 de junio, sobre el fiscal contra la violencia sobre la mujer y las secciones contra la violencia sobre la mujer de las fiscalías.

La instrucción parte de la importancia del deber de informar con claridad a las víctimas de sus derechos y de dónde acudir para instar a ayudas sociales, económicas, psicológicas... en definitiva, a saber cuál es la respuesta prevista por el ordenamiento y encomendada especialmente al Ministerio Fiscal en defensa de sus intereses, para lo cual considera esencial una adecuada organización de las fiscalías aun reconociendo que la situación de las mismas al respecto es desigual, puesto que no todas ellas cuentan con el adecuado despliegue a efectos de llevar a cabo esa labor de información a las víctimas.

Este mismo criterio ha sido posteriormente recogido en el Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015), cuyo artículo 4 establece en su párrafo primero que «toda víctima tiene el derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de una denuncia y durante el proceso penal, incluida la información previa a la interposición de una denuncia».

Desde un punto de vista organizativo, la instrucción señala que el deber de información «en el curso del proceso penal» debe ser asumido direc-

tamente por el fiscal encargado del despacho del procedimiento —si bien bajo la coordinación del fiscal jefe o de un fiscal designado al efecto—, mientras que el deber de información «preprocesal» requerirá de la asistencia de un fiscal en casos puntuales, especialmente en el servicio de guardia, o podrá realizarse por un funcionario de la Fiscalía designado para ello siempre bajo la supervisión del fiscal jefe o del fiscal encargado al efecto⁷⁹.

Para afrontar esta labor de protección de las víctimas y para la adecuada coordinación en su ejercicio, la FGE dictó la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 CE, que parte de la base de los principios de especialización y coordinación vertical como ejes del cambio organizativo del Ministerio Fiscal.

De este modo, esta instrucción considera que la actuación del Ministerio Fiscal en algunas materias específicas de singular relevancia precisa que sean abordadas con un tratamiento diferenciado, para lo cual cada una de estas especialidades está coordinada por un fiscal de sala delegado del fiscal general del Estado para garantizar la unidad de criterio.

En este sentido, y con la finalidad de que los justiciables reciban con nitidez el mensaje de que los fiscales son «garantes de los derechos de todos, pero sobre todo de quienes sufren las consecuencias de una conducta criminal, que deben ver en el fiscal un aliado cercano, una vía de contacto entre su drama individual y la justicia con mayúsculas, una puerta abierta, en suma, a la solución razonable de sus inquietudes», se designa, entre los fiscales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, una fiscal de sala delegada del fiscal general del Estado para conseguir una mejor tutela y protección de los intereses de las víctimas.

Las funciones del fiscal de sala delegado se centran en el seguimiento de las pautas que la actuación del Ministerio Fiscal debe marcar sobre protección de las víctimas en el proceso penal.

⁷⁹ Información preprocesal: es fundamental facilitar a la víctima una información inicial y completa, de ahí la necesidad de que en cada Fiscalía se pueda ofrecer información puntual sobre, la concreta ubicación del Servicio de Atención a las Víctimas, Servicio de Orientación Jurídica, Servicios Asistenciales y Ayudas, tanto económicas como asistenciales.

Información en el curso del proceso penal: Este deber de información tiene una especial trascendencia en aquellos supuestos en que la víctima no se persona en las diligencias como acusación particular. Comprenderá información sobre el ofrecimiento de acciones, la declaración de la víctima, la notificación de resoluciones judiciales, la petición de sobreseimiento por el Ministerio Fiscal, la comunicación con la víctima previa a la formulación de conclusiones provisionales, las actuaciones del Ministerio Fiscal en el juicio oral, y la notificación de la sentencia.

Por otra parte, la fiscal de sala delegada elabora la memoria anual, a la vista de las memorias elevadas por los distintos fiscales delegados de víctimas, con el fin de obtener una visión global de la actividad de la Fiscalía y promueve la unificación de criterios a través de jornadas cuyas conclusiones se remiten igualmente a cada Fiscalía⁸⁰.

Retomando la línea seguida por Hortal Ibarra, a cuyas reflexiones hicimos referencia al abordar la cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*, las atribuciones al Ministerio Fiscal en relación con el ejercicio de la acción civil en el proceso penal ponen de manifiesto que la reparación del daño causado a la víctima del delito no es una cuestión de simple satisfacción del interés particular, sino que responde también a un interés público o general, que es la íntegra protección de las víctimas, que no solo debe abarcar los aspectos sustantivos o materiales sino también los procesales.

Un claro ejemplo de este enfoque es la ya mencionada Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito⁸¹, cuya finalidad, como recoge el apartado I de su preámbulo, es ofrecer desde los poderes públicos a las víctimas una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también social, que repare el daño en el marco de un proceso penal y minimice otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.

El título II de la ley sistematiza los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal como algo independiente de las medidas de protección de la víctima en el proceso, que son objeto del título III.

En relación con la participación activa de la víctima en el proceso penal, el artículo 11 de la ley le confiere el derecho a ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la ley de enjuiciamiento criminal.

⁸⁰ Por ejemplo, el 21 de abril de 2010 se publicaban las conclusiones de delegados de víctimas sobre las jornadas celebradas en León (véase: <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/conclusiones-de-delegados-de-victimas-sobre-las-jornadas-celebradas-en-leon>), cuya finalidad era potenciar las relaciones con las oficinas de víctimas. En materia de responsabilidad civil *ex delicto* señalaban esas conclusiones que debía insistirse en la necesidad de un control riguroso sobre la investigación patrimonial del penado, utilizando a tal efecto los mecanismos que ofrece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, consideraba necesaria una efectiva y pronta modificación de la Ley 35/1995 para dar una respuesta satisfactoria a las víctimas y añadía también la necesidad de fijar cuantías mínimas en materia de indemnizaciones a las víctimas en todas las Fiscalías a fin de evitar tratamiento diferente en supuestos iguales.

⁸¹ Regulación completada por Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

El artículo 24 de la ley, relativo a la valoración de las necesidades de la víctima y a la determinación de las medidas de protección correspondientes —en concreto durante la fase de investigación del delito—, atribuye competencias al respecto al Ministerio Fiscal para la evaluación y resolución provisional de tales medidas en el marco de las diligencias de investigación que lleve a cabo o en los procedimientos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

En la cuestión concreta de la obtención de la reparación del daño sufrido, la ley crea las oficinas de asistencia a las víctimas, las cuales, entre otras funciones, tienen atribuida la de «asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, en particular, el procedimiento para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos y el derecho a acceder a la justicia gratuita» (artículo 28.1, letra d), así como la de «coordinación con jueces, tribunales y Ministerio Fiscal para la prestación de los servicios de apoyo a las víctimas» (letra g).

En relación con estas oficinas y su coordinación con el Ministerio Fiscal, la memoria de la FGE elevada al Gobierno sobre la actividad del Ministerio Público correspondiente al ejercicio de 2019 destacaba lo siguiente:

«Un año más, los/las delegados/as coinciden en resaltar el buen hacer de las mismas y la dedicación de sus integrantes, que compensa parcialmente la escasez de recursos para abordar las competencias que la legislación les atribuye. Como se adelantaba, los diferentes recursos materiales y humanos de las OAV en función de la comunidad autónoma a la que pertenezcan provocan cierta desigualdad injustificable en la asistencia a las víctimas de VG. En la mayoría de los casos se destaca su función de acompañamiento a la víctima en las diligencias judiciales, y en algún supuesto intervienen como equipo de apoyo en la exploración de menores (Lleida, Granada, Albacete). Se destaca en casi todas las memorias la fluida comunicación entre las OAV y la Fiscalía, favoreciéndose así la optimización de los escasos recursos disponibles»⁸².

No obstante, la FGE sigue insistiendo en las carencias del sistema judicial para dar un tratamiento adecuado y una protección a las víc-

⁸² Memoria elevada al Gobierno de S. M., presentada al inicio del año judicial por la fiscal general del Estado Dolores Delgado García. Imprenta Nacional de la Agencia del BOE. Madrid, 2020.

timas. Por ello, en la memoria correspondiente al ejercicio de 2020, denuncia que:

«Continúan detectándose carencias en las herramientas que precisa el sistema judicial para dar una respuesta adecuada y eficaz a las víctimas y sus hijos e hijas. Para comenzar, la adecuada dotación y especialización de las oficinas de atención a las víctimas (en adelante, OAV) y las Unidades de Valoración Forense Integral (en adelante, UVFI), previstas en la LO 1/2004 e incluidas en el Pacto de Estado, aún no se ha hecho realidad [...]»⁸³.

Por otro lado, no debemos olvidar que, al margen de la constitución y funcionamiento de las oficinas de asistencia a las víctimas y de los fiscales delegados de víctimas, y de la dotación más o menos importante de medios materiales y personales en el ámbito de las administraciones públicas y de la propia Administración de Justicia, el capítulo II del Estatuto de la Víctima dispone en sus artículos 30 y 31 que el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación general y específica relativa a la protección de las víctimas en el proceso penal, en los cursos de formación de jueces y magistrados, fiscales, LAJ, fuerzas y cuerpos de seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia, personal de las oficinas de asistencia a las víctimas y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado o de las comunidades autónomas que desempeñen funciones en esta materia.

Por tanto, no se trata de una cuestión puramente organizativa y de dotación material y personal —o no solo de eso—, sino que resulta necesaria también la adecuada formación de aquellos, como los miembros del Ministerio Fiscal, que deben desempeñar un papel de protección de las víctimas fuera y dentro del proceso penal. Todo ello sin perjuicio de la aprobación de los protocolos, circulares, instrucciones, etc., que se consideren necesarias para la asistencia integral a las víctimas del delito.

La importancia de la cuestión ya fue puesta de manifiesto por la FGE que, en su Instrucción N.º 1/1992, de 15 de enero, sobre Tramitación de las piezas de responsabilidad civil, decía que:

⁸³ Memoria elevada al Gobierno de S. M., presentada al inicio del año judicial, por la fiscal general del Estado Excma. Sra. D^a. Dolores Delgado García. Imprenta Nacional de la Agencia del BOE. Madrid, 2021.

«La protección a la víctima del delito no se agota con la sanción penal al delincuente, sino que debe lograr su satisfacción reparándose todos los efectos del delito. El ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal, salvo excepciones, debe tener en el proceso penal eficacia suficiente para no convertirse en un nuevo alarde burocrático carente de sentido».

Del mismo modo, la Instrucción 2/2008 FGE, de 11 de marzo, sobre las funciones del fiscal en la fase de instrucción recalca en su apartado II (actuaciones en protección de las víctimas) las «llamadas de atención» de las instituciones del Consejo de Europa sobre la necesidad de lograr la reparación de las víctimas (Resolución (77) 27 del Comité de Ministros del Consejo Europa sobre indemnización a las víctimas de delito; Recomendación R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal; Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; Recomendación (2006) 8, de 14 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre asistencia a las víctimas de delitos) y cita, en el ámbito de la FGE, la designación de un fiscal de sala delegado para la tutela y protección de las víctimas y la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal como exponente de la preocupación de la Fiscalía General por el riguroso cumplimiento por parte de los fiscales de sus obligaciones para con las víctimas a fin de coadyuvar a la definitiva superación de la tradicional preterición en la que se les sumía en el proceso penal.

A tal efecto, la Instrucción 2/2008 destaca las siguientes actuaciones que el Ministerio Fiscal debe instar para hacer efectiva esa protección de las víctimas:

1. Promover el aseguramiento de las responsabilidades civiles instando las medidas cautelares necesarias sobre el patrimonio de responsables directos o subsidiarios.
2. Promover la intervención del vehículo cuando fuera procedente.
3. Instar el señalamiento de la pensión provisional a favor de la víctima de hechos derivados del uso y circulación de vehículos a motor.
4. Cuidar de que los informes médicos forenses describan con precisión las lesiones sufridas y el tratamiento exigido para su sanidad incluyendo, en su caso, si la víctima va a precisar de terapia psicológica o psiquiátrica.

5. Promover la adopción de las medidas en protección de víctimas y testigos que en cada caso resulten pertinentes (órdenes de alejamiento, órdenes de protección, prisión provisional, medidas innominadas en protección de los menores del artículo 158 CC, medidas especiales para violencia de género, suspensiones de patria potestad, derecho de visitas y derecho a la tenencia, porte y uso de armas, y medidas cautelares de secuestro y prohibición de difusión en relación con los delitos cometidos mediante la imprenta y análogos).
6. Velar por la correcta realización de la diligencia de ofrecimiento de acciones (artículos 109, 771 y 776 LECrim.).
7. Velar porque se cumpla la obligación de notificar los autos relativos a la situación personal del imputado a los directamente ofendidos y perjudicados cuya seguridad pudiera verse afectada (artículos 506.3 y 544 ter LECrim).
8. Cuidar de que se dé debido cumplimiento a la previsión del artículo 771.1.1 LECrim., de modo que, cuando se acuerde el sobreseimiento por estimarse que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, sea notificada la resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.
9. Evitar en lo posible que la víctima sea citada más de una vez durante la instrucción.

Posteriormente, en la Circular N.º 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, la FGE reitera esa preocupación expuesta en la Instrucción 1/1992 y añade:

«Más recientemente, mediante las Instrucciones n.º 8/2005, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el Proceso Penal, n.º 2/2008 sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción, y n.º 1/2010 relativa a las funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales, la Fiscalía General del Estado ha vuelto a manifestar su preocupación por el riguroso cumplimiento por parte de los Sres. Fiscales de las funciones que tienen legalmente asignadas en aras de la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por el delito. [...] como se indica en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado n.º 1/2010, en fase de ejecución de sentencias, los Sres. Fiscales deberán velar por la satisfacción completa de la responsabilidad civil en los términos dispuestos en

el fallo de las mismas, debiendo oponerse al archivo de las ejecutorias mientras no quede acreditado el pago de las indemnizaciones derivadas del delito o la verdadera situación de insolvencia del condenado [...]».

A lo largo de la mencionada circular se pone de manifiesto la importancia de la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia como garante de la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por el delito en la fase de instrucción no solo al promover la investigación exhaustiva de los bienes del inculpado, sino también al «concretar en los escritos de calificación provisional o de acusación la suma a la que alcanza el contenido de la responsabilidad civil que es objeto de reclamación o los criterios en base a los que se ha de determinar su cuantía, identificando a la persona o personas a las que se atribuye dicha responsabilidad, así como la sucinta descripción del hecho en virtud del cual la hubieren contraído», e incluso en la fase de ejecución de sentencias, pues «deberán velar por la satisfacción completa de la responsabilidad civil en los términos dispuestos en el fallo de las mismas».

BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA, C. (2017), ¿Siguió el Código Civil francés el pensamiento de Domat en materia de culpa (*faute*) extracontractual? *Revista Chilena de Derecho*, volumen 44, 3, pp. 629 - 651.
- ARNÁIZ SERRANO, A. (2004), *La acción civil en el proceso penal: Elementos subjetivos*. Madrid, Universidad Carlos III.
- BERMEJO CASTRILLO, M. Á. (2016), *Responsabilidad civil y delito en el derecho histórico español*. Editorial Dykinson.
- BONILLA CORREA, J. Á. (2012), La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género. *Monografía de Revista de Derecho Patrimonial. Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*. BIB 2012/182, Aranzadi.
- BUSTO LAGO, J. M. (2004), El responsable civil en el proceso penal en la perspectiva de la reforma de la Justicia Penal: modelos comparados y problemas del vigente sistema de acumulación potestativa. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 17. Editorial Aranzadi.
- CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (2005), *Derecho procesal penal*. Madrid, Editorial Dykinson. 2.^a edición.
- CANO SOLER, M. Á. (2014), *La protección de los derechos y garantías de las víctimas en la mediación penal*. Universidad de Granada.

- CRUZ PARRA, J. A. (2013). *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*. Editorial de la Universidad de Granada.
- DORESTE ARMAS, D. C (2015) *Las responsabilidades del Ministerio Fiscal*. Las Palmas de Gran Canaria, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- FUENTESECA DEGENEFFE, M. (2021), *Poena privata, poena criminis y responsabilidad civil derivada del delito*. Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo. Tomo X, 4. Acciones y penas. Editorial BOE.
- GARCÍA INGELMO, F. M. (2017), *Ejercicio del principio de oportunidad en la Jurisdicción de Menores. Supuestos Legales. Cuestiones prácticas y directrices de la FGE*. Seminario de especialización en menores: responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas. Madrid, del 29 al 31 de marzo de 2017.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2009), Los procesos penales en Europa: Líneas de evolución y tendencias de reforma. *Revista de Derecho Procesal*, pp. 469-498.
- GIMENO SENDRA, V. (2020). *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*. Colección de Derecho Penal y Procesal penal. Agencia Estatal BOE. 1ª Edición.
- (2022). La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España. *La Ley, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 5619.
- GRUPO DE INVESTIGACIÓN DEL CGPJ (2010), *La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva*. CGPJ.
- HORTAL IBARRA, J. C. (2014), La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo «resolver» la cuadratura del círculo [en línea]. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. [Consulta:2024]. Disponible en: www.indret.com.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (2011). *Responsabilidad civil derivada del delito*. Tratados y manuales (Civitas). Las consecuencias jurídicas del delito. Navarra, Editorial Aranzadi.
- MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; y GIMENO SENDRA, V. (2003), *Introducción al Derecho Procesal*. UNED. 4.ª Edición.

- REBOLLO REVESADO, S. (2020). *Prospectiva de la mediación penal: Un análisis de la teoría a la práctica. Sujetos intervinientes y procedimiento*. Universidad de Salamanca.
- RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. (2011), La determinación del *quantum* en la responsabilidad civil por delitos dolosos. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6. Editorial Aranzadi.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, Á.; y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. (2011), *Responsabilidad civil derivada de infracción penal*. Tratados y manuales (Civitas). Manual de Derecho Penal. Tomo I. Editorial Aranzadi.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014), *La responsabilidad civil en el proceso penal*. Nuevos clásicos. Tratado de responsabilidad civil. Editorial Aranzadi.

**LOS PLAZOS PRESCRIPTIVOS EN LA RECLAMACIÓN DEL
JUSTIPRECIO Y OTROS VICIOS DE NULIDAD DERIVADOS
DEL IMPAGO**

*THE STATUTORY TIME LIMITS FOR CLAIMING THE FAIR PRICE
AND OTHER NULLITY DEFECTS ARISING FROM NON-PAYMENT*

Manuel Redondo Hiruelo
Asesor jurídico en Derecho Administrativo

Resumen

El estudio que a continuación se plantea aborda los defectos legales que se producen ante el impago del justiprecio durante toda la tramitación del procedimiento expropiatorio y, en especial, si existe plazo prescriptivo o no para reclamar tal indemnización.

A través de los diferentes epígrafes se hace un recorrido por las distintas figuras legales utilizando el impago como punto de partida que incluye la prescripción de las sentencias en sede contencioso-administrativo en general, la esencialidad del pago del justiprecio y su ejecutividad, la ocupación ilegal, la inscripción registral, los intereses de demora y la retasación desde un punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial.

Este análisis no solo pretende dar una respuesta simple a las cuestiones que se plantean, sino también sentar las bases de los razonamientos que se deben establecer como premisas a las conclusiones. Para ello muestra al lector diferentes normas que resultan de aplicación, cómo estas pueden interpretarse y cómo lo han hecho los tribunales hasta llegar a las últimas inferencias.

Palabras clave: Justiprecio, Prescripción, Pago, Nulidad, Procedimiento expropiatorio, Ocupación ilegal, Inscripción registral, Intereses de demora, Retasación.

Abstract

This study addresses the legal flaws that arise in cases of non-payment of the fair price throughout the expropriation process, and especially whether there is a statute of limitations for claiming such compensation.

Through various sections, it provides an overview of different legal aspects using non-payment as a starting point. These aspects include the prescription of judgments in administrative litigation in general, the essential nature of fair price payment and its enforceability, illegal occupation, land registration, interest for late payment, and legal, doctrinal, and jurisprudential perspectives on reappraisal.

This analysis not only aims to provide straightforward answers to the questions raised but also seeks to establish the foundations of the reasoning that should be considered as premises leading to conclusions. It presents various applicable laws and how they can be interpreted, as well as how courts have interpreted them in order to arrive at the final inferences.

Keywords: Fair Compensation, Prescription, Payment, Nullity, Expropriation Procedure, Illegal Occupation, Land Registration, Interest for Late Payment, Reappraisal.

Sumario

1 Introducción. 2 Planteamiento. 3 Análisis de los plazos prescriptivos y causas de nulidad derivadas. 3.1 La prescripción del plazo para ejecutar la sentencia contencioso-administrativa. 3.1.1 *La dicotomía legal de los plazos prescriptivos.* 3.1.2 *Debate jurisprudencial de la aplicación del plazo quinquenal.* 3.2 Nulidad de la actuación expropiatoria por quebranto del procedimiento administrativo. 3.2.1 *Nulidad por vicios procedimentales en general en el orden administrativo.* 3.2.2 *La falta de aseguramiento de crédito y el carácter esencial del pago.* 3.2.3 *Actos dictados para eludir la ejecución de resoluciones judiciales.* 3.3 Consumación de la expropiación y efectos traslativos. 3.4 Inscripción registral. 3.4.1 *Requisitos fundamentales para la inscripción.* 3.4.2 *La posibilidad de inscripción en caso de pago parcial.* 3.5 Intereses en la expropiación: demora en la fijación y pago del justiprecio. 3.6 Indemnizaciones por vicios en la expropiación: falta de remate y ocupación ilegal. 3.6.1 *Por no rematar la expropiación.* 3.6.2 *Por ocupación ilegal.* 3.7 Retasación de lo expropiado por falta de pago. 3.7.1 *Aproximación a la figura de la retasación.* 3.7.2 *Las implicaciones que conllevan la*

1. INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo es cada vez más amplio, hasta el punto de que resulta vertiginoso adentrarse en él y, en ocasiones, no es fácil abordar un estudio de determinada casuística debido a su extensión, a su complejidad y a los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que hacen surgir interpretaciones distintas sobre los mismos preceptos legales.

Trabajando como asesor jurídico externo para INVIED O.A. he podido ver la habitualidad con la que a menudo las distintas administraciones locales y el Ministerio de Defensa encuentran puntos divergentes en el entendimiento del ordenamiento jurídico y de la defensa legal de sus intereses. Por ello, considero que puedo contribuir a dar respuesta y apoyo argumentativo a alguno de los múltiples y controvertidos casos en los que el ministerio resulta expropiado y surgen no pocas disputas en relación con el pago del justiprecio, en particular cuando ha pasado un periodo temporal prolongado.

El estudio que a continuación se desarrolla trata de recopilar, analizar y difundir conocimiento acerca de los cauces de la defensa jurídica que el Ministerio de Defensa y, en general, cualquier expropiado puede llevar a cabo frente a un sujeto expropiante, habitualmente un ayuntamiento.

Espero que la exposición de normas, jurisprudencia y opiniones ayuden a todos aquellos llamados a defender la postura del ministerio ante tales circunstancias. Aunque, como se verá, aún quedan muchas cuestiones por ser resueltas por nuestro Alto Tribunal, espero que sirvan de fundamento ante él para dar seguridad y certeza al ordenamiento jurídico y para dotarlo de mayores criterios de justicia en las relaciones entre los diferentes ámbitos de las administraciones públicas.

2. PLANTEAMIENTO

En ocasiones se ha dado el caso en el que una Administración local expropia al Ministerio de Defensa y, pese a que el Tribunal Supremo fija el justiprecio, este abono no se realiza o, al menos, no íntegramente.

La cuestión tiende a complicarse si el ministerio actúa tardíamente —transcurridos cinco años— para recuperar el justiprecio, pues la pro-

pia Administración General del Estado, en un informe del 18 de octubre de 2022 referido a un asunto expropiatorio concreto (en adelante Informe AGE 2022), ha llegado a interpretar la imposibilidad —por prescripción— de cualquier acción que posibilite la pretensión de cobrar la indemnización expropiatoria, pues bien por la vía del artículo 1964 CC o bien por la del artículo 548 LEC se habría extinguido toda posibilidad de hacer cumplir al ayuntamiento su obligación. Ambos artículos señalan un plazo máximo de cinco años para promover la ejecución del pago so pena de prescripción.

Desde un punto de vista procesal cabe entonces plantear si el justiprecio está sujeto a prescripción o no, pero yendo más allá, desde el propio procedimiento administrativo, procede analizar si la falta de pago del justiprecio supone incurrir en un régimen de invalidez que pueda llegar a convalidarse por el mero transcurso del tiempo.

Las preguntas de partida a las que este estudio procurará dar respuesta son: ¿prescribe el justiprecio una vez pasados los cinco años desde su determinación?, ¿qué ocurre si, además, se ha hecho un abono parcial del justiprecio?, y ¿qué líneas argumentativas puede utilizar el Ministerio de Defensa cuando es expropiado, habitualmente por ayuntamientos, para defender el deber de pago si actúa tardíamente —pasados cinco años— incluso en aquellos casos en los que hayan obtenido algún pago incompleto?

3. ANÁLISIS DE LOS PLAZOS PRESCRIPTIVOS Y CAUSAS DE NULIDAD DERIVADAS

3.1. LA PRESCRIPCIÓN DEL PLAZO PARA EJECUTAR LA SENTENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

3.1.1. La dicotomía legal de los plazos prescriptivos

Se debe partir de que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA) no regula el plazo de prescripción para el cumplimiento de las sentencias, por lo que se deduce que, en principio, se ha de acudir a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) para observar este lapso, tal como sostiene el Informe AGE 2022, pues es de aplicación supletoria. Con carácter general, la ejecución de sentencia se somete al plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 518 LEC, que indica:

«Artículo 518. Caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación.

La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del Letrado de la Administración de Justicia que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución».

Jurisprudencialmente, se ha disputado si resulta equivalente la aplicación del artículo 1964 del Código Civil (en adelante CC), que también constata un plazo prescriptivo de cinco años en su apartado segundo y que actualmente establece:

«Artículo 1964.

1. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años.

2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan».

Sin embargo, este artículo fue reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante L 42/2015). Antes de esta reforma el artículo indicaba que el plazo era de quince años:

«Artículo 1964.

La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción, a los quince».

Así las cosas, antes de 2015 había dos plazos prescriptivos y no particularmente diferenciables en cuanto a su aplicación en determinados casos: un plazo de cinco años para promover la ejecución de sentencias (art. 518 LEC) y otro plazo de quince años para cumplir con las obligaciones personales (art. 1964 CC). Esto generó un debate jurisprudencial y doctrinal que

fue zanjado por el legislador en el año 2015 al asimilar todos los plazos de prescripción a cinco años.

3.1.2. Debate jurisprudencial de la aplicación del plazo quinquenal

En principio, podría defenderse de una forma clara y evidente que el plazo prescriptivo (el Tribunal Supremo también se ha referido a este plazo como «de caducidad») para la ejecución de sentencias es de cinco años, bien por el artículo 518 LEC, que se refiere expresamente a la ejecución de sentencias, bien por la aplicación del artículo 1964 CC referido a las obligaciones personales.

El encaje legal que más se acomodaría sería el que instaura el artículo 518 LEC precisamente por referirse de manera explícita a la ejecución de sentencias. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que, para las sentencias del orden contencioso-administrativo, no es de aplicación el artículo 518 LEC, sino el 1964 CC. De esta manera se ha pronunciado, ofreciendo los debidos argumentos, el Tribunal Supremo (contencioso) en la sección 2.^a, sentencia de 18 de noviembre 2009, rec. 4915/2008; ponente: Emilio Frías Ponce:

«En definitiva, ante el régimen especial de la ejecución de las sentencias en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en el que el obligado al cumplimiento de las sentencias no es un particular, sino una Administración Pública, que sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento a la Ley, resulta obligado seguir manteniendo la clásica doctrina de esta Sala de que la acción para ejercitar las acciones y derechos reconocidos en una sentencia está sujeta al plazo general de prescripción de 15 años establecido en el artículo 1964 del Código Civil (EDL 1889/1), a contar desde la firmeza de la sentencia, tal como previene el art. 1971 del mismo, sin que pueda afectar al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por tanto, el plazo quinquenal de caducidad que para interponer la demanda ejecutiva prevé el art. 518 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463) , aunque sea computado desde la entrada en vigor de esta Ley».

También resulta de especial relevancia el siguiente pronunciamiento del Tribunal Supremo (contencioso) en la sección 4.^a, sentencia de 27 de enero de 2010, rec. 6431/2008:

«[...] Debemos rechazar la tesis de la Administración de que hubiera caducado ex art. 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463) el derecho a exigir la ejecución forzosa de la sentencia. Sencillamente, porque la ejecución de las sentencias de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo se inicia de oficio mediante la comunicación que de modo necesario ha de hacer el Juzgado o Tribunal al órgano administrativo que hubiera realizado la actividad objeto del recurso a fin de que, entre otros extremos, lleve a puro y debido efecto la sentencia y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en su fallo (art. 104.1 de la Ley de la Jurisdicción). Y se desenvuelve después en el modo y forma que prescriben los artículos siguientes, con la previsión, incluida en el 109.1, de que los incidentes que regula pueden promoverse mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia. Normas específicas que hacen inaplicable en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo el plazo quinquenal de caducidad previsto en aquel art. 518 de la LEC (EDL 2000/77463)».

Por su alusión y remisión, es necesario exponer los artículos 104.1 y 109.1 LJCA antes de analizar los pronunciamientos expuestos:

«Art. 104.1:

1. Luego que sea firme una sentencia, el secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquel.

Art. 109.1:

1. La Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y especialmente las siguientes:

- a) Órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones.
- b) Plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurren.
- c) Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir».

Con carácter previo se debe advertir es que estas sentencias fueron emitidas antes del año 2015, es decir, antes de la reforma legislativa que modificaba los plazos de prescripción. Ahora bien, ello no desmerece las inferencias que cabe extraer de estas sentencias.

La primera, de la STS 18 de noviembre de 2009, establece que cuando una Administración pública —no ya un particular— es condenada y debe llevar a término la ejecución de sentencia del orden contencioso-administrativo (no una sentencia de orden civil), independientemente de la cuantificación del plazo establecido para hacerlo, ese plazo se corresponde con una obligación personal según lo previsto en el artículo 1964 CC y no con el plazo general y prescriptivo que se establece en el artículo 518 LEC (que, en el momento de la sentencia, era de quince años). Es una obligación personal en tanto que es la propia Administración recurrida quién, de acuerdo con la última LJCA 29/98, es quién ha de ejecutar la sentencia¹ llevándola a su puro y debido efecto según dispone el artículo 1.1 de la ley.

Además, esta sentencia recuerda que el obligado a ejecutar la sentencia no es un mero particular, sino una Administración pública sometida al imperio de la ley que debe servir con objetividad a los intereses generales. De este modo, el Tribunal Supremo refuerza la idea del deber de cumplimiento de las sentencias por parte de la Administración pública sin que un plazo de caducidad tan breve como el de cinco años sirva de pretexto para no hacerlo.

La segunda, la STS 27 de enero de 2010, ratifica, por un lado, que no resulta de aplicación el artículo 518 LEC y, por otro, que los incidentes pueden promoverse contra la falta de ejecución por parte de la Administración mientras no conste en autos que se haya ejecutado totalmente la sentencia, según lo dispuesto en el artículo 104.1 LJCA, sin señalar plazos de ningún tipo.

Después de estos pronunciamientos judiciales y, como ya se ha mencionado, de que entre en vigor la Ley 42/2015, que modifica el plazo contenido en el artículo 1964 CC, se reduce el plazo prescriptivo, pero se da lugar a una serie asperezas aplicativas.

La STS 18 de noviembre de 2009 se remite al artículo 1964 CC, lo que nos conduciría a considerar que el plazo es de cinco años habida cuenta de la reforma. Sin embargo, la fundamentación que utiliza el Tribunal Supremo no sería compatible con esta conclusión debido a que, más allá de tratarse como un supuesto de obligación personal, se dice que la Adminis-

¹ RUIZ RISUEÑO, F. (2022). *El Proceso Contencioso-Administrativo*. Aranzadi. Véase: capítulo VI, Terminación del proceso. Ejecución de la Sentencia.

tración queda sometida al imperio de la ley de forma objetiva y debiendo acatar las sentencias en aras del interés público, de lo que se deduce que resulta insuficiente el pretexto del transcurso de los cinco años que establece el artículo 518 LEC para considerar que la Administración ya no tendría obligación de ejecutar sus sentencias. Por tanto, la argumentación de esta sentencia colisiona con el plazo establecido tras la reforma legislativa.

Sin embargo, resulta más arrolladora la STS 27 de enero de 2010 frente al argumento del plazo de prescripción de cinco años. Si bien esta sentencia corrobora que no resulta de aplicación el artículo 518 LEC sino el 1964 CC, lo importante es que se remite al artículo 109.1 LJCA para concluir que, mientras no conste la ejecución completa de la sentencia por parte de la Administración, esta seguirá pudiendo promoverse sin indicación de plazos, lo cual se opone frontalmente a la postura en la que se mantendría un plazo prescriptivo de cinco años.

En suma, en mi opinión jurídica existen al menos tres interpretaciones posibles:

La primera es que el plazo de ejecución de las sentencias es de cinco años habida cuenta del artículo 518 LEC. Descarto esta posibilidad por los pronunciamientos expuestos del Tribunal Supremo en contra de la aplicación de este artículo.

La segunda es que resulta de aplicación el artículo 1964 CC. Si bien la STS 18 noviembre de 2009 así lo señala, se halla una contradicción en la argumentación que subyace a raíz de la Ley 42/2015, ya que considera, de manera más o menos implícita, que el plazo prescriptivo de cinco años para cumplir las sentencias resulta insuficiente para exigir que una Administración pueda actuar con sometimiento pleno a la ley y acorde a los intereses generales de manera objetiva.

La tercera es que, en el caso de que la Administración pública sea la condenada en sede contencioso-administrativa, no existe plazo para promover la ejecución de sus sentencias en virtud de la STS 27 de enero de 2010, es decir, conforme a los artículos 104.1 y 109.1 LJCA, por ser una cuestión de orden público.

Así las cosas, no ha habido, según mi saber hasta el momento, pronunciamientos de nuestros Altos Tribunales que terminen de aclarar esta cuestión, de modos que la postura predominante a este respecto queda todavía abierta e indeterminada. A falta de un nuevo pronunciamiento que determine esta cuestión, considero que la interpretación más adecuada es la tercera por una cuestión de orden público.

3.2. NULIDAD DE LA ACTUACIÓN EXPROPIATORIA POR QUEBRANTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.2.1. Nulidad por vicios procedimentales en general en el orden administrativo

La expropiación se fundamenta en el artículo 128 de la Constitución española (en adelante CE) y, en buena medida, se contrapone al derecho de propiedad regulado en el artículo 33.1 CE apartado primero —«se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia»—, si bien se reconoce la posibilidad de ser expropiado en el apartado tercero —«Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes»—. En puridad, estamos bajo el paraguas del principio de indemnidad estudiado por la doctrina² y consistente en la garantía del expropiado a recibir una justa compensación o indemnización por aquello que se le quita en virtud de la potestad expropiatoria.

Cierta corriente doctrinal sostiene la prevalencia del derecho propiedad en tanto que la Constitución regula en orden preferencial. Por ejemplo, regula antes el derecho a la vida y después el derecho a la libertad, pues no tendría sentido libertad sin vida. De este modo, el derecho de propiedad se regula con carácter previo (art. 33.1 CE) al sometimiento de la propiedad al interés general (art. 33.3 y 128 CE).

Por ello, cuando una Administración pública cercena el derecho de propiedad se debe ser escrupulosamente legalista y respetar al máximo el procedimiento establecido para colmar de garantías al sujeto que resulta agraviado por la expropiación.

En esta abrasión de la propiedad, quizá el acto más relevante del procedimiento expropiatorio es la determinación del justiprecio y su pago como forma de indemnización y de contrapeso a un arbitrario poder público que operase como expropiante.

El artículo 47.1.e de la Ley 39/2015 establece la nulidad de los actos administrativos cuando han sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido, lo que conduce a la vía de hecho. Ahora bien, esta ausencia total y absoluta tiene matices, pues la juris-

² FERNANDEZ GARCÍA, B. (2015). *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*. Aranzadi. Véase: capítulo cuarto, I. El justo precio y el principio de indemnidad.

prudencia ha indicado que, en realidad, no siempre resulta imprescindible haber cumplimentado estrictamente todo el procedimiento administrativo, sino que, como mínimo, han de darse los trámites más indispensables que constituyan el contenido mínimo e irreductible del procedimiento, como puede verse en el Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 1.ª, A 17 de noviembre 1997, rec. 6759/1997 y también en Dictámenes del Consejo de Estado (CEst Dict 305/1991; 520/1992).

Además, la regla general en derecho administrativo también es la anulabilidad de los actos por defectos procedimentales. La nulidad se reserva para los casos más sustanciales interpretados de forma restrictiva —véase la sec. 1.ª de la sentencia del 10 de diciembre de 1987, rec. 545/1986 del Tribunal Supremo (Contencioso)—.

Por consiguiente, para que un procedimiento devenga nulo ha de omitirse alguno de los trámites esenciales del procedimiento —Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 3ª, S 21-05-1997, rec. 143/1994—. No obstante, las interpretaciones que el poder judicial ha llegado a hacer sobre los supuestos de nulidad por vicios en el procedimiento no siempre han sido unánimes y se ha evidenciado una cierta falta de firmeza.

En realidad, otro enfoque desde el que puede apreciarse esta cuestión es la tensión existente entre el principio antiformalista del procedimiento y el principio de legalidad. El antiformalismo ha de ser ponderado sin merma ni quiebra de la legalidad, ha de permitir el desarrollo de la situación administrativa conforme a normas y atendiendo a los principios de celeridad y eficacia, de modo que aquellos actos que carezcan de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, es decir, de valor esencial adolezcan de invalidez.

Por otra parte, la nulidad por omitir un trámite esencial puede llegar a encontrar un punto de conexión o similitud con otro supuesto de nulidad previsto en el apartado 1.f del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común e las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), que establece que «son nulos de pleno derecho [...] los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

La falta de aseguramiento de crédito y el carácter esencial del pago

Antes de pasar a estudiar la esencialidad del trámite del previo pago en una expropiación es de interés señalar algunos otros casos concretos de nulidad que sirvan de punto de apoyo sobre el que descansar las conclusiones del objeto de este dictamen dada la proximidad de los supuestos y a fin de conocer el sentido del legislador a la hora de desarrollar el ordenamiento

jurídico y, en general, las actuaciones de las Administraciones públicas. Así, son supuestos de nulidad cercanos al caso que ahora se presenta:

Supuestos próximos de nulidad por falta de crédito de relevancia

El compromiso de gasto sin respaldo presupuestario resulta nulo de pleno derecho. El artículo 46 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, señala:

«Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta ley».

A su vez, en el artículo 173.5 del RD 2/2004 por el que se aprueba la Ley de Haciendas Locales se establece que:

«No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar».

Otro ejemplo más puede encontrarse en el artículo 39.2.b de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público:

«2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia».

Incluso se da esta necesidad de retención de crédito en el artículo 52 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (en adelante LEF). De todo ello resulta que las actuaciones de las Administraciones públicas han de ajustarse al gasto previsto y asegurado de crédito, de modo que se respete el principio de estabilidad presupuestaria.

De lo expuesto puede deducirse el carácter vital que el legislador ha conferido a los compromisos de gastos y pagos que lleven a cabo las Administraciones públicas. Resulta de utilidad entenderlo pues, como a continuación se verá, son argumentos adicionales que ayudan a interpretar la esencialidad del previo pago que supone el abono del justiprecio, que no deja de ser un nuevo compromiso económico que adquiere la Administración expropiante.

Esto no significa que el justiprecio sea, en sentido estricto, un crédito, pero sí que puede guardar una cierta similitud o punto de conexión para interpretar el sentido del ordenamiento jurídico.

Esencialidad del previo pago para no incurrir en vía de hecho

Se puede hallar la regulación del procedimiento expropiatorio en los artículos 48 a 58 de la LEF y 48 y siguientes del REF. En ellos se recoge que, una vez determinado el justo precio, se procede al pago de la cantidad señalada en el plazo máximo de seis meses. Además, si la expropiación beneficia a organismos públicos, el libramiento para el pago del precio se efectúa por estos.

Además, el artículo 124 LEF establece que «nadie podrá ser expropiado, sino por causas de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes».

La lógica que trae a colación el artículo 124 LEF es que, en primer lugar, hay que fijar el precio y, una vez concretado este, se ha de proceder al pago por la Administración expropiante. En este sentido, la jurisprudencia ha determinado que existe el deber de entrega del dinero o de su consignación con carácter previo a su ocupación en virtud de la sentencia del 31 de enero de 1994, rec. 8530/1990 del Tribunal Supremo (Contencioso).

Pese a ello, hay que incidir y determinar con más ahínco qué quiere decir el precepto 124 LEF cuando señala «previa la correspondiente indemnización», si bien adelanto la conclusión: habida cuenta de nuestra jurisprudencia, la previa indemnización se refiere al momento anterior a la ocupación de la finca, esto es, a la toma de posesión.

El marco legal de esta cuestión se ubica en los artículos 51 LEF y 52 a 55 del Reglamento de expropiación forzosa de 26 de abril de 1957 (en adelante REF). Pese a ello, encontramos evidencia diáfana en lo dictaminado por nuestro Alto Tribunal a la hora de interpretar cuándo se da el momento previo en el que se ha de abonar la indemnización.

De este modo, debe haberse abonado íntegramente el justiprecio según la sección 1.^a, sentencia de 29 de enero de 1991; ponente Pedro Antonio Mateos García, del Tribunal Supremo (Contencioso). Esta sentencia ratifica los artículos señalados de la LEF y del REF de los que se desprende

que el pago ha de ser íntegro, tal como interpreta la doctrina³ al afirmar que «Una vez abonado o consignado íntegramente el importe del justiprecio puede ocuparse la finca administrativamente».

Con todo ello, se ha reconocido la existencia del principio del previo pago de cantidades recurrentes en concordancia con el artículo 124 LEF, que exige la indemnización previa a la ocupación. Para redondear esta cuestión y ayudar a su interpretación, la Dirección General del Registro y Notariado de 14 de octubre de 2005⁴ también se ha ocupado de hacer una serie de precisiones:

«El pago en la expropiación no es solo un requisito legal, sino que lo es constitucional... tal y como ha dicho la doctrina más autorizada, como garantía del expropiado existe en nuestro Derecho el principio de previo pago... y si existe desacuerdo sobre dicha indemnización se pague la cantidad concurrente y se consigne la restante».

Dos importantes presiones nacen de esta resolución. La primera es que se debe consignar la cantidad en disputa, es decir, no basta con esperar a que se resuelva el desacuerdo —en caso de existir—, sino que se ha de depositar la cuantía sobre la que no haya acuerdo. La segunda es que el pago no es solo un requisito legal, sino que tiene alcance constitucional, lo que ratifica su carácter esencial en el procedimiento. Es necesario hacer una precisión a este respecto: aunque el pago tiene alcance legal y constitucional, el previo pago se constituye como un trámite esencial, pero de alcance únicamente legal, no constitucional. A pesar de que la indemnización se señala en el artículo 33 CE, no se dice que esta deba ser previa, lo que ha permitido que el legislador pueda configurar el procedimiento ordinario y urgente de expropiación, que modifica el momento temporal del pago⁵. No obstante, el debido pago previo a la ocupación sí es un trámite esencial según su configuración legal de acuerdo con la sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, recurso 704/1984 del Tribunal Constitucional.

³ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Administrativo*. Ref. 5886, Toma de posesión. (F. Lefebvre, 2023)

⁴ Véase: DGRN, resolución 14-10-2005, BOE 282/2005, de 25 de noviembre de 2005: «El pago en la expropiación no es solo un requisito legal, sino que lo es constitucional [...] tal y como ha dicho la doctrina más autorizada, como garantía del expropiado existe en nuestro Derecho el principio de previo pago [...] y si existe desacuerdo sobre dicha indemnización se pague la cantidad concurrente y se consigne la restante».

⁵ LA LEY (2023). Expropiación forzosa: procedimientos expropiatorios y determinación del justiprecio. *La Ley*. Cap. 24: pago y toma de posesión, p. 1.

También resulta contundente la literalidad de F. Javier Fuertes López⁶ a este respecto:

«La indemnización, el justiprecio expropiatorio, se constituye en derecho para el expropiado y obligación, como requisito esencial y presupuesto indispensable, para que el beneficiario (o expropiante-beneficiario) de la potestad expropiatoria pueda adquirir los bienes o derechos cuya expropiación se pretende.

La ausencia de indemnización como compensación a la privación patrimonial d lugar a la inexistencia de procedimiento expropiatorio y a estar en presencia de una actuación material constitutiva de vía de hecho o, en su caso, a otra figura de distinta naturaleza (la requisa), pero no a una expropiación».

Tanto es el pago un requisito de carácter esencial que, en el procedimiento de expropiación ordinario, el previo pago es requisito necesario para no incurrir en vía de hecho. Es más, en el procedimiento expropiatorio urgente se ha de constituir depósito previo a la ocupación para evitar incurrir en vía de hecho según dictamina la sentencia de Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Especial), de 20 de diciembre de 1991, rec. 4/1991:

«La infracción denunciada -ocupación de la finca con anterioridad a la constitución del depósito previo exigido por el artículo 52.4.º y 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa- reviste, en principio, gravedad suficiente a los efectos de poder merecer la calificación de vía de hecho [...]».

Además, cabe matizar que solo pueden ocuparse los bienes, o partes de estos, que ya hayan sido expropiados. La extralimitación o la ocupación de otras fincas o partes de ellas es ilegal —Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 6.^a, sentencia del 09 de diciembre de 1997, rec. 4626/1993— y, en general, constitutiva de vía de hecho⁷. Todo ello refuerza la importancia vital del previo pago en el procedimiento expropiatorio como presupuesto habilitante para continuar con el procedimiento.

Por consiguiente, el pago del justiprecio sí es un trámite esencial del procedimiento (lo cual es coherente con la intención del legislador de re-

⁶ FUERTES LÓPEZ F. J. (2023), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*. Aranzadi.

⁷ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Administrativo*. Ref. 5888.

vestir de tal importancia a todos los compromisos de gastos adquiridos por las Administraciones públicas). Teniendo presente que el artículo 47.1.e LPAC sanciona de nulidad —la cual resulta imprescriptible— la ausencia de trámites esenciales en los procedimientos administrativos, y en vinculación al resto de preceptos y a la jurisprudencia señalada, cabe concluir que no puede existir expropiación sin justiprecio y que no es posible su convalidación con el mero transcurso del tiempo.

Para afinar los detalles pertinentes en este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1991 ha señalado que el retraso en el pago no supondrá causa de nulidad en tanto efectivamente se produzca su pago, que ha de entenderse en un sentido en el que el deber de pago es imprescriptible, pues si no se entendiera así y *a contrario sensu*, si no se paga, forzosamente ha de entenderse que se trata de un supuesto de nulidad⁸.

No obstante, más adelante se verá qué ha dicho sobre esta cuestión la jurisprudencia reciente y, en particular, el Tribunal Supremo.

Deber de pago en la cantidad concurrente o hasta el límite de la conformidad

Antes de abordar este epígrafe hay que precisar que ningún pago parcial y previo que se haga supone un pago definitivo o porcentaje cierto sobre el total del justiprecio⁹, por lo que pagar parcialmente no exime de determinar que se está produciendo un incumplimiento de la obligación de pago debida.

La entrega de dinero al expropiado y la consignación

Para comenzar, se debe determinar el alcance de la obligación de «previo pago» (que existe en el procedimiento ordinario) que ha de hacer el expropiante y el concepto de «cantidad concurrente». El expropiado, según dispone el artículo 50.2 LEF y 51 REF, tiene derecho a que se le entregue la indemnización con carácter previo a la ocupación, aunque con una terminología diferente y crucial: hasta el límite en el que exista conformidad entre su hoja de aprecio y la de la Administración según el artículo 50.2 LEF. Además, y en contraste, tiene derecho al pago del justiprecio, que no de la conformidad, según el artículo 51.1 LEF. Todo ello aunque exista litigio o recurso pendiente, de modo que la entrega provisional de la indemnización queda subordinada al resultado del litigio:

«Artículo cincuenta.

2. El expropiado tendrá derecho a que se le entregue, aunque exista litigio o recurso pendiente, la indemnización hasta el límite en que

⁸ RAMÍREZ, A. J. (2019), *Expropiación forzosa: conceptos, procedimientos y criterios de valoración del justiprecio*. Sepín.

⁹ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Expropiación Forzosa*. Ref 1962.

exista conformidad entre aquel y la Administración, quedando en todo caso subordinada dicha entrega provisional al resultado del litigio.

Artículo cincuenta y uno.

Hecho efectivo el justo precio, o consignado en la forma prevista en el artículo anterior, podrá ocuparse la finca por vía administrativa o hacer ejercicio del derecho expropiado, siempre que no se hubiera hecho ya en virtud del procedimiento excepcional regulado en el artículo siguiente».

Es verdad que el artículo 50.2 LEF se refiere al derecho del expropiado a recibir el dinero hasta donde ambas partes estén de acuerdo directamente y de forma provisional (es decir, sin que, en principio, deba ser consignado) frente al artículo 51.1 LEF que se refiere al pago completo del justiprecio con carácter previo si el expropiante (o beneficiario) quiere ocupar la finca y que, en ese caso, habrá de pagarse o consignarse en su totalidad. Aun así, no parece quedar claro cuál es la cantidad económica que se ha de entregar en según qué momento.

Resulta pertinente resaltar de nuevo la ya citada Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado de 14 de octubre de 2005:

«[...] En concordancia con este principio es necesario que el montante de la expropiación sea fijado por el Jurado Provincial de expropiación y si existe desacuerdo sobre dicha indemnización se pague la cantidad concurrente y se consigne la restante (arts. 50 y 51 de la Ley de Expropiación Forzosa)».

Obsérvese que, en primer lugar —momento temporal anterior— se refiere a la determinación de la cantidad del justiprecio por el Jurado Provincial y, en segundo lugar —es decir, posterior a la determinación del justiprecio—, y si aún hay disputa, habrá de pagar la cantidad concurrente (es decir, entregar al expropiado la cantidad) y consignar la restante (depositar la cantidad que trasciende de lo entregado al expropiado por no haber conformidad), lo que resuelve esta cuestión.

Este mismo sentido de la entrega del dinero hasta la cantidad concurrente y consignación del precio restante la hasta alcanzar el justiprecio ha sido validado por la doctrina¹⁰. El Tribunal Supremo también se ha pro-

¹⁰ LÓPEZ RUIZ, Á. (2021). *Las garantías jurídicas tras la expropiación forzosa*. Thomson Reuters Aranzadi.

nunciado a este respecto en la sentencia de 8 de abril de 2000, recurso de casación núm. 7140/1997:

«Para evitar la responsabilidad por demora y, salvo en el procedimiento de urgencia, poder ocupar la finca o ejercitar el derecho expropiado, es preciso pagar el justiprecio o consignarlo cuando el expropiado rehusare recibirlo, según se deduce de lo establecido conjuntamente por los artículos 50 y 51 de la Ley de Expropiación Forzosa y 51 de su Reglamento, de manera que, aunque el expropiado, el beneficiario o la Administración, en la que se incardine el Jurado de Expropiación, recurran en sede jurisdiccional el acuerdo de este, no se suspende la obligación de pago impuesta al beneficiario por los mencionados artículos 48.1 y 52.7ª de la Ley de Expropiación Forzosa. En los demás supuestos de consignación del justiprecio o de entrega de la cantidad que no sea objeto de discordia [...]».

En resumen, en principio se puede afirmar que, si el justiprecio es objeto de disputa judicial, deberá entregarse al expropiado la cantidad económica hasta el límite de la conformidad, pero si el expropiante quiere ocupar la finca, deberá consignar (que no entregar al expropiado), además, la parte restante objeto de controversia. Pese a lo dicho, esta cuestión requiere una serie de matices en función de quién sea el sujeto que recurre el acuerdo del justiprecio y cuál es el alcance de la ejecutividad del justiprecio, como se verá en el apartado siguiente.

La ejecutividad del justiprecio o cantidad concurrente del deber de pago según el recurrente y su constreñimiento so pena de fraude procesal

Cabe profundizar, a través de la jurisprudencia, en la obligación de pago o depósito de la cantidad discordante una vez recaído el acuerdo del justiprecio por el Jurado de Expropiación y en sí, posteriormente, se lleva a la vía judicial tal acuerdo.

El Tribunal Supremo, mediante su sentencia de 30 de enero de 2001, señalaba que si el expropiante, el beneficiario o el expropiado recurren en sede judicial el acuerdo del justiprecio, entonces el expropiado solo tendrá derecho a percibir, entre tanto se resuelve por sentencia la controversia, la cantidad convergente entre las partes, pero no la totalidad del justiprecio. Sin embargo, el 9 de marzo del año 2009 el Tribunal Supremo tuvo un pronunciamiento similar, pero a la vez muy diferente, ya que, aunque indicó lo mismo sobre la ejecutividad de la cantidad concurrente y no la totalidad del justiprecio en caso de recurso judicial, solo mencionó que sería cuando

el recurso fuera promovido por el expropiante o por el beneficiario, omitiendo al expropiado.

Desde mi perspectiva legal, esta omisión, unida a la teoría de los actos propios y delimitando lo que constituiría un fraude procedimental por falta de legitimación activa en el procedimiento contencioso, significaría que el Tribunal Supremo ha tenido un cambio de criterio (muy lógico) en cuanto a la ejecutividad del justiprecio y la avenencia del expropiante por no recurrirlo, lo cual sería beneficioso para el expropiado porque significaría que la cantidad ejecutiva es la coincidente con el justiprecio. No obstante, esta cuestión requiere un tratamiento más sosegado.

Conforme a la referida sentencia, si es la Administración expropiante quien impugna el justiprecio, el deber de pago alcanza hasta el límite de la conformidad de acuerdo con el artículo 50.2 LEF, es decir, en la práctica será hasta donde el expropiante estime adecuado según su hoja de aprecio (pues este será el que apreciará la cantidad más baja). Esta lógica se ve en la sección 6.^a, sentencia de 09 de marzo de 2009, rec. 7223/2005, del Tribunal Supremo (Contencioso):

«En esa tesitura, si quien recurre es el beneficiario o la Administración expropiante, pretendiendo una suma inferior, la obligación de pago no se extiende, pues, a la totalidad del justiprecio determinado por el Jurado, de modo que el expropiado solo puede exigir el pago hasta la cantidad en la que converjan sus posiciones».

Nótese que en la sentencia no se menciona al expropiado. *A contrario sensu*, he de deducir de la referida sentencia que si quien recurre es el expropiado, la ejecutividad del justiprecio alcanza a su totalidad, esto es, el expropiante deberá pagar o, al menos, consignar (artículo 51.2 REF) la cifra completa determinada por el Jurado de Expropiación, pues esta es plenamente ejecutiva.

Esta deducción guarda una coherencia intrínseca y sólida en el derecho administrativo procesal que se ha afinado en nuestra jurisprudencia con el transcurso de los años y en relación con el recurso de los actos administrativos, con la figura del recurrente y con el límite al que se ven sujetos tanto la Administración demandada como las partes codemandadas. De este modo, un proceso contencioso-administrativo con la finalidad de revisar un acto administrativo tiene —además del órgano judicial, que es parte neutra, imparcial— dos partes: la activa y la pasiva. La parte activa ataca la actuación administrativa por no estar conforme a ella mientras que la

pasiva es aquella que defiende la actuación administrativa por entenderla adecuada y válida acorde a la legalidad.

La parte pasiva (es decir, quien no recurre en sede judicial, pero se ve afectado por el proceso contencioso-administrativo porque su situación depende del acto administrativo recurrido) no puede atacar o discutir el acto administrativo por considerar que debería ser diferente o más favorable a él, pues esto constituiría un fraude procesal. En otras palabras, los demandados o codemandados solo pueden defender el resultado o conclusión del acto administrativo, pero no aprovechar el litigio para atacar también el acto administrativo y procurar obtener un resultado más beneficioso. Si la Administración emisora del acto quiere atacar el acto que propiamente ha realizado, deberá hacerlo por la vía de la revisión extraordinaria de actos prevista en la LPAC, y si las partes afectadas por el acto administrativo quisieran atacarlo, no pueden, en realidad, figurar en el proceso como partes codemandadas, sino que han de recurrir de manera autónoma el acto administrativo y no «subirse al carro» de otro recurrente que ya haya interpuesto recurso (en sede contencioso-administrativo no se admite la figura del correcurrente)¹¹.

Esta explicación puede verse, por ejemplo, en la sentencia de 23 de noviembre de 2010:

«se está en la necesidad de desestimar las pretensiones esgrimidas por SEPI por el manifiesto fraude procesal que su actuación comporta, pronunciamiento en línea con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial acerca de rechazar fundadamente las peticiones que entrañan fraude de ley o procesal pues no le es lícito procesalmente a la parte que comparece como codemandada venir al proceso como tal y convertirse sorpresivamente en recurrente en sede casacional (...) No es la primera vez que esta Sala se enfrenta a una posición similar. En la sentencia de 22 de noviembre de 2007, recurso de casación 7539/2004, aclarábamos que si bien no se está en situación de inadmitir el recurso de casación formulado por quien actuó como codemandado en la instancia al no poderse negar a dicha parte, al menos formalmente, su legitimación para interponer el recurso de casación (art. 89.3 de la Ley de la Jurisdicción), se está en la necesidad de desestimar sus pretensiones esgrimidas en el recurso de casación por su parte presentado «por el manifiesto fraude procesal que su actuación comporta, pronunciamiento en línea con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial

¹¹ REDONDO HIRUELO, M. (2020). *La legitimación de las partes en el proceso contencioso-administrativo*. Universidad de Alcalá.

acerca de rechazar fundadamente las peticiones que entrañen fraude de ley o procesal pues no le es lícito procesalmente a la parte que comparece como codemandada venir al proceso como tal y convertirse sorpresivamente en recurrente en sede casacional [...]. Del mismo modo, en providencia de 3 de diciembre de 2008, rec. de casación 1924/2008, S. 4o del TS, se acordó rechazar la personación para coadyuvar a la posición de la recurrente de una Universidad pública, al haber actuado como parte codemandada en la instancia, lo que le impedía defender en casación unos intereses contrarios a los de la parte demandada en la instancia y recurrente en casación.

En línea con tales antecedentes, y en aras no sólo de la unidad de doctrina de esta Sala sino también de la igualdad en la aplicación de la ley, ha de ser desestimado el recurso de casación formalizado en nombre de de «YYYY, S.A.», al haber sido formulado en fraude procesal, al pretender la revocación de la sentencia de instancia, pretensión de todo punto contradictoria con la posición procesal que ocupó, en concepto de demandado, en la fase previa».

También puede verse esta línea de argumentación jurisprudencial contra el fraude procesal en el Auto de la Sala Contenciosa del TS de 21 de febrero de 2008 (rec. 3221/2005):

«[...] En efecto, el artículo 19 de la LRJCA regula la legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, refiriéndose los artículos 31 y siguientes, al demandante, como la única persona que puede pretender la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación. De otro lado, es el artículo 21, el que regula la figura del codemandado, cuyos derechos o intereses legítimos son contrarios a los del demandante, ya que pueden quedar afectados por la estimación de las pretensiones de este.

Por tanto, en lo único que ha cambiado la regulación actual es en la desaparición de la figura del coadyuvante, entendiendo que todo el que se persona en el recurso como titular de un derecho subjetivo o interés legítimo para sostener la conformidad a Derecho de la disposición o acto recurridos tiene que actuar como codemandado. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en Autos de 16 de julio de 1996, 31 de enero de 1997, 18 de mayo de 1998 y 15 de julio de 2004, recaídos en los recursos no 845/94, 100/95, 2751/96 y 6496/00, y en la Sentencia de 25 de febrero de 1999 recaída en el recurso no 478/93, cuya doctrina –

aunque referida a la figura del coadyuvante del demandante— sostiene que por mucha amplitud que constitucionalmente se haya reconocido al concepto de interesado, es lo cierto que en la vigente legislación reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa —art. 30 L.J.C.A.— la figura del coadyuvante solamente está prevista en nuestro ordenamiento en defensa de la Administración que actúa como demandada o como demandante en el proceso de lesividad. De ahí que no quepa admitir la intervención [...] en el concepto que solicita de coadyuvante del demandante, ya que de accederse a lo que ahora pretende, además de lo dicho, se desconocería el régimen de plazos para recurrir.

[...] Tales actuaciones procesales, así como las alegaciones formuladas por “XXXX, S.A.” en el trámite de audiencia, lo que realmente ponen de manifiesto es un fraude procesal, ya que, como se ha expresado, la ahora recurrente se personó como parte en el procedimiento y, en providencia que consintió, la Sala le tuvo como codemandada, siendo esta su única posición procesal posible, no obstante haber podido hecho valer sus intereses de otro modo, concretamente a través de la interposición de un recurso contencioso administrativo autónomo y solicitando posteriormente, si a su derecho conviniera, la acumulación con el interpuesto con el Sr. Marcelino —no olvidemos que el interés legítimo que puede tenerse en la revocación de un acto administrativo solamente puede canalizarse a través de la demanda, previa la interposición del recurso—; pero no lo hizo, aquietándose con esa posición procesal, desde la que intervino como parte en el proceso».

Puede verse que solo aquella parte que recurra el justiprecio tendrá legitimación para discutir la improcedencia de este sin constituir un fraude procesal, y que aquellas partes pasivas solo podrán defender la legalidad del precio determinado por el jurado de expropiación.

Esto conlleva un hilo deductivo que se opone a la idea de que, independientemente de la parte que recurra el justiprecio (ya firme en vía administrativa), este reduce su fuerza ejecutiva hasta el límite de la conformidad al referirse —y esto es importante de resaltar— a lo determinado en las hojas de aprecio. En realidad, esta interpretación supone una quiebra lógica si estamos ante el supuesto de que es el expropiado quién recurre en sede judicial, pues la fuerza ejecutiva del justiprecio alcanzaría el total del justiprecio determinado por el jurado dado que la inacción del expropiante para recurrir en sede judicial le impedirá posicionarse como parte activa en el proceso, por lo que quedará limitado a la defensa del precio ya fijado y manifestará su conformidad con el acto administrativo (pues el Ayunta-

miento expropiante no podrá «subirse al carro del recurrente») y, por ello, refrendará la fuerza ejecutiva que alcance el justiprecio.

Por tanto, cuando el Ministerio de Defensa sea expropiado, quede disconforme y recurra en vía judicial el justiprecio, este podrá exigir que se le abone —no que se consigne— la totalidad de esta cantidad económica determinada por el jurado y no solo la cifra fijada por las hojas de aprecio (que habitualmente será inferior por la hoja del expropiante) sin perjuicio de lo que resulte del proceso judicial posterior.

Actos dictados para eludir la ejecución de resoluciones judiciales

Antes se ha mencionado que el artículo 47.1.f LPAC sanciona de nulidad aquellos actos expresos o presuntos que vayan en contra del ordenamiento jurídico (entre los que también se incluyen las sentencias judiciales).

Pues bien, esta nulidad se vincula y se proyecta en el artículo 103.4 y 5 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en lo referido a la nulidad de la ejecución de sentencias cuando los actos o disposiciones sean contrarios a lo sentenciado.

El caso más claro y extremo es el que puede verse manifestado en la sección 5.^a, sentencia del 02 de junio de 2016, n.º 1285/2016, rec. 3716/2015 del Tribunal Supremo (Contencioso): los actos administrativos dictados en ejecución de resoluciones jurisdiccionales contencioso-administrativas en los que concurra un singular supuesto de desviación de poder con el fin de eludir el cumplimiento de las sentencias son nulos.

Para que se dé este supuesto de nulidad sobre actos que sean contrarios a una sentencia se debe dar un elemento subjetivo o intencional por parte del órgano administrativo que tiende de manera voluntaria, mediante el acto considerado, a no ejecutar el fallo condenatorio a la Administración pública. La carga de la prueba recae sobre quien lo alegue.

Por tanto, serán nulos aquellos actos administrativos que, en ejecución de las sentencias, vayan orientados a no cumplirlas o a cumplirlas defectuosamente según lo ordenado por la propia sentencia.

La cuestión es si la inactividad de una Administración expropiante para pagar el justiprecio puede considerarse o calificarse como actuación de esta genuinamente y, en efecto, considero que sí.

La tradicional concepción del recurso exclusivamente al acto administrativo que promulgaba la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956 ya ha sido superada. La LJCA de 1998 abre la vía de la impugnación a la actuación administrativa en sentido negativo a través de su artículo 29¹². Esta

¹² GAMERO CASADO, E. (2016) *Manual de Derecho Administrativo Básico*. Tecnos.

actuación negativa de la Administración pública consiste en una actuación omisiva, una inactividad, en tanto su no hacer causa efectos y puede beneficiar o, en este caso, perjudicar el patrimonio de otros y puede ser sancionada con la nulidad si va contra el ordenamiento jurídico, esto es, contra las normas y sentencias (artículo 47.1.f LPAC y 103.4 y 5 LJCA). También resultan nulos aquellos actos de las Administraciones públicas orientados a no cumplir las sentencias, ya que cumplirlas es un deber especialmente intenso en estos casos¹³:

«Cuando la Administración resulta condenada, el deber de cumplimiento es particularmente intenso, ya que pesan sobre ella no solo la obligación positiva de llevar a puro y debido efecto las declaraciones contenidas en el fallo, sino también la negativa de evitar conducta alguna que pueda frustrar la efectividad del pronunciamiento judicial».

Por tanto, la actuación (en este caso, inactividad) que ha llevado a cabo para no hacer cumplir las sentencias es un acto que se encuadra en el artículo 47.1.f de la LPAC y, en tanto se considera un supuesto de nulidad radical, la sancionabilidad de la actuación es imprescriptible.

Esta conclusión de la sancionabilidad y su imprescriptibilidad por no cumplir la sentencia casa muy bien con la anteriormente citada sentencia del TS 27 de enero de 2010, pues justamente aquí el Tribunal Supremo dictamina, remitiéndose al artículo 104.1 y 109.1 LJCA, que la Administración pública es condenada hasta que no conste en autos judiciales el riguroso cumplimiento de todo lo sentenciado, sin señalamiento de plazos.

Por consiguiente, la ausencia del pago íntegro del justiprecio por el Ayuntamiento expropiante, en virtud del artículo 50 y ss. LEF y de la STS 29 de enero de 1991, ya deviene en una actuación nula por sí sola incluso antes de recaer sentencia. Además, la actuación omisiva de la Administración local en el pago tras una sentencia que verifique de forma definitiva el precio ya en sede judicial es también, de forma autónoma a todo lo que se ha venido explicando, otra actuación nula e imprescriptible en virtud de los artículos 47.1.f LPAC y 103.4, 104.1 y 109.1 LJCA.

¹³ LEFEBVRE, F. (2023), *Memento Contencioso Administrativo*. Ref. 3985.

3.3. CONSUMACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN Y EFECTOS TRASLATIVOS

Habiendo determinado que el pago de la indemnización es previo a la ocupación (según lo estipulado para las cantidades concurrentes), corresponde ahora determinar el momento que determina el ordenamiento jurídico para entender consumada la expropiación y el asentamiento de los efectos traslativos de dominio.

La expropiación forzosa se consuma mediante la ocupación (previo pago en el caso de tratarse de un procedimiento ordinario expropiatorio), y es este supuesto el que habilita posteriormente el derecho de revisión según se dictamina en la sección 6.^a, sentencia de 19 de julio de 1997, rec. 9426/1992, del Tribunal Supremo (Contencioso). Matizando y atemperando estos presupuestos con una mayor flexibilidad, el Tribunal Supremo ha llegado a interpretar que incluso la expropiación y el surgimiento del derecho de reversión opera sin la previa posesión efectiva del bien por el expropiante en determinados casos —Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 6.^a, sentencia de 10 de marzo de 1997, rec. 1936/1992—.

Por su parte, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) ha sostenido, en el mismo sentido expuesto, que el efecto traslativo requiere, en términos civiles y con carácter previo, el pago del justiprecio y, a continuación, la ocupación (salvo que se trate del procedimiento expropiatorio urgente), por lo que, para la DJGSJFP el hecho del pago o consignación debe constar en el título que se presente a inscripción en el Registro de la Propiedad (DGRN Resol 24-4-58)¹⁴. De este modo, no es sino después del pago cuando se ha elaborado el acta de ocupación. No obstante, para mayor claridad, abordaré la inscripción registral de manera diferenciada más adelante.

Lo que es conveniente remarcar a modo de conclusión en este punto es que la ocupación es un momento culminante y trascendental, pues dependiendo de si los pasos anteriores del procedimiento se han llevado a cabo correctamente desplegará unos efectos jurídicos —por ejemplo, la posibilidad de la inscripción registral—, pero, si se hubiera hecho indebidamente, no solo se dará la imposibilidad de su inscripción sino que podría implicar la incursión en una ocupación ilegal y la posibilidad de la subsiguiente indemnización por tal actuación.

¹⁴ Véase: LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Administrativo* (Ref. 5888. Acta de ocupación, apartado 3 de precisiones).

3.4. INSCRIPCIÓN REGISTRAL

3.4.1. Requisitos fundamentales para la inscripción

El acta de ocupación, acompañada de los justificantes de pago (o consignación), servirá de fundamento al Registro de la Propiedad para constatar el traslado dominical junto con la cancelación de cargas y gravámenes, y así proceder con la inscripción registral. Puede extenderse anotación preventiva a favor del expropiante o del beneficiario mediante el acta previa a la ocupación y, en el caso del procedimiento urgente y como salvedad, resguardo del depósito provisional. Todo ello se deriva de la regulación legal para la inscripción en el Registro de la Propiedad. En primer lugar, hay que observar el artículo 53 LEF, que expresa:

«El acta de ocupación que se extenderá a continuación del pago, acompañada de los justificantes del mismo, será título bastante para que en el Registro de la Propiedad y en los demás Registros públicos se inscriba o tome razón de la transmisión de dominio y se verifique, en su caso, la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afectada la cosa expropiada

El acta de ocupación, acompañada del justificante de la consignación del precio o del correspondiente resguardo de depósito, surtirá iguales efectos.

Los expresados documentos serán también títulos de inmatriculación en el Registro de la Propiedad».

En segundo lugar, el artículo 32 del Reglamento Hipotecario (RH) ordena:

«Artículo 32.

Los asientos derivados de procedimientos de expropiación forzosa se practicarán conforme a las normas establecidas en la legislación especial y a las siguientes:

Primera. Los Registradores harán constar, en su caso, por nota al margen de las inscripciones correspondientes, que han expedido la certificación de dominio y cargas a efectos de la expropiación e indicarán su fecha y el procedimiento de que se trate. Estas notas se cancelarán por caducidad transcurridos tres años desde su fecha, si en el Registro no consta algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente.

Segunda. Para que los títulos de expropiación puedan inscribirse, si se trata de fincas o derechos inscritos, el expediente deberá entenderse

con el titular registral o quien justifique ser su causahabiente, por sí o debidamente representado, en la forma prevenida por la legislación especial, sin perjuicio de la Intervención de otros interesados, si los hubiere.

Tercera. Podrá extenderse anotación preventiva a favor del expropiante o beneficiario mediante el acta previa a la ocupación y el resguardo de depósito provisional. La anotación tendrá la duración señalada en el artículo ochenta y seis de la Ley y se convertirá en inscripción mediante el documento que acredite el pago o la consignación del justo precio en el acta de ocupación,

Cuarta. Será título inscribible a favor del expropiante o beneficiario el acta en que consten el pago y la ocupación, o solamente el acta de ocupación, acompañada en este caso del documento que acredite la consignación del justo precio o del correspondiente resguardo de depósito del mismo. En virtud de dichos títulos se practicará, en su caso, la inmatriculación.

A los efectos de la inscripción, se entenderá fijado definitivamente el justo precio cuando por no haber acuerdo haya sido determinado aquel por el Jurado Provincial de Expropiación o el organismo competente con arreglo a las disposiciones especiales.

Quinta. El dominio y las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase inscritos con posterioridad a la fecha de la nota marginal a que se refiere este artículo, se cancelarán al practicarse la inscripción a favor del expropiante o beneficiario y en virtud del mismo título, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente, para cuya cancelación bastará su expresión genérica.

Para que puedan cancelarse los asientos de fecha anterior dicha nota deberá constar que los interesados han sido citados en forma legal y que concurrieron por sí o debidamente representados al pago, o que se consignó el precio o la parte necesaria del mismo, según los casos. En el título se determinarán los asientos que deban cancelarse y subsistir con referencia a los datos registrales.

Sexta. Los asientos contendrán las circunstancias prevenidas para la inscripción en la legislación hipotecaria y las necesarias según la legislación especial. Si no pudiera hacerse constar alguna circunstancia se expresará así en el título, y, en su caso, en la inscripción.

También hay que atender al artículo 209 del Reglamento de Gestión Urbanística en el que se recoge en lo referido a las expropiaciones urbanísticas:

«Artículo 209.

1. Una vez efectuado el pago o consignación se podrán levantar una o más actas de ocupación e inscribir, como una o varias fincas registrales, la totalidad o parte de la superficie objeto de su actuación, sin que sea necesaria la previa inscripción de todas y cada una de las fincas expropiadas. El hecho de que alguna de estas fincas no estuviese inmatriculada no será obstáculo para que pueda practicarse directamente aquella inscripción. Al margen de la inscripción de las fincas agrupadas, y con efectos de transferencia, se extenderá la oportuna nota.

2. Será título inscribible el acta o actas de ocupación acompañadas de las actas de pago o los justificantes de consignación del justiprecio de todas las fincas ocupadas, que habrán de ser descritas conforme a la legislación hipotecaria. Dicho título, así como los que sean necesarios para practicar las inscripciones a que se refiere el artículo siguiente, deberán ir acompañados, en su caso, de los respectivos planos, una de cuyas copias se archivará en el Registro.

3. Si al procederse a la inscripción surgiesen dudas fundadas sobre si dentro de la superficie ocupada existiese alguna finca registral no tenida en cuenta en el expediente expropiatorio, sin perjuicio de practicarse la inscripción, se pondrá tal circunstancia, a los efectos del artículo siguiente, en conocimiento del Organismo expropiante».

A resultas de estos artículos se puede concluir que el acta de ocupación que se extiende a continuación del pago es título bastante para que se tome razón de la transmisión dominical, así como para que se proceda a la cancelación de cargas, gravámenes y demás derechos a los que estuviera afecta la cosa expropiada, si va acompañado de los justificantes del pago o de la consignación de este en el Registro de la Propiedad.

Por consiguiente, en un procedimiento de expropiación ordinario, el momento del efecto traslativo exige para la inscripción (que no es constitutiva) la ocupación y el pago (o consignación, en su caso) tanto para la inscripción registral como para la anotación preventiva (artículo 32.3 RH). En contraste con el ordinario, en un procedimiento urgente la transferencia de la propiedad se consuma en el momento de la ocupación urgente sin que quede pendiente del pago final del justo precio (Cest Dict 9-7-59; TS 1-6-87; García de Enterría y Fernández), de modo que se invierte la regla del previo pago del justo precio, el cual pasa a convertirse en una deuda de reparación de un perjuicio causado previamente¹⁵.

¹⁵ LEFEBVRE, F. (2023) *Memento Expropiación Forzosa*. Referencia 2010.

A los efectos de la inscripción, el justiprecio se entiende definitivamente fijado por la resolución del jurado de expropiación u órgano tasador semejante, como sería el Tribunal Supremo mediante una sentencia que determinara los criterios de valoración y la concreción del justiprecio¹⁶.

Procede denegar la inscripción de un acta de ocupación expropiatoria en tanto que, siendo una garantía del expropiado el previo pago de la indemnización, es necesaria la fijación del justiprecio por el órgano tasador competente y, en caso de inexistencia de acuerdo sobre el mismo, el pago de la cantidad ofrecida y la consignación de lo restante pedido. La resolución 14-10-2005, DGRN, BOE 282/2005, de 25 de noviembre de 2005, establece:

«1. El pago en la expropiación no es solo un requisito legal, sino que lo es constitucional cfr. Art. 33.3 de la Constitución Española, desarrollado por el 124 de la Ley de Expropiación Forzosa). Y, tal y como ha dicho la doctrina más autorizada, como garantía del expropiado existe en nuestro Derecho el principio de previo pago (“previa la correspondiente indemnización” dice el artículo 124 de la Ley de Expropiación Forzosa). En concordancia con este principio es necesario que el montante de la expropiación sea fijado por el Jurado Provincial de expropiación y si existe desacuerdo sobre dicha indemnización se pague la cantidad concurrente y se consigne la restante (arts. 50 y 51 de la Ley de Expropiación Forzosa).

Pues bien: en el presente supuesto ni ha realizado la valoración el organismo indicado ni se han realizado el pago y consignación previstos, pues no equivale a la consignación afirmar que el Ayuntamiento dispone del numerario suficiente para realizar el repetido pago».

Por tanto, para ocupar la finca es preciso que haya habido intimación de pago y que, además, pueda acreditarse y, después, consignarse la cantidad según nuestra jurisprudencia¹⁷.

Cuando el Ministerio de Defensa es expropiado de manera irregular, algunos de los hitos más críticos que puede utilizar para defenderse jurídicamente de una inscripción ilegal se resumen en:

¹⁶ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento de Expropiación Forzosa* (Dominio Público. Ref. 2016, apartado d).

¹⁷ Véase: Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 1.ª, Sentencia 17 de mayo de 1994, rec. 298/1992; Tribunal Supremo (Contencioso), Sentencia 13 de octubre de 1993, rec. 247/1991; Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 5.ª, Sentencia 20 de octubre de 1980, 565/1980.

1. Intimación al pago (y realización del abono) por parte del Ayuntamiento expropiante. Aunque el Ministerio haya rehuido del pago para procurar evitar la inscripción, la entidad local no puede excusarse en ello, pues entonces tendrá que haber consignado el dinero.
2. Acreditación o prueba ante el registrador de haber pagado o consignado el pago del justiprecio en los términos de los anteriores puntos.

La ausencia de cualquiera de estos tres puntos implicará la imposibilidad de inscripción, lo cual deberá hacerse valer ante el registrador. No obstante, hay que abordar con mayor profundidad un supuesto más enmarañado como es el caso de intento de inscripción en que se haya realizado un abono parcial del justiprecio.

3.4.2. La posibilidad de inscripción en caso de pago parcial

Una cuestión más compleja pudiera ser que se haya producido algún pago parcial, en cuyo caso habría que atender, con carácter previo, a lo ya expuesto sobre el deber de abono de las cantidades concurrentes para entender si se ha abonado o pagado debidamente la cantidad concurrente o, por el contrario, es una cantidad inferior a esta.

Una vez más, hay que hacer eco de la Dirección General del Registro y Notariado 14 de octubre de 2005, que establece que:

«El pago en la expropiación no es solo un requisito legal, sino que lo es constitucional [...] tal y como ha dicho la doctrina más autorizada, como garantía del expropiado existe en nuestro Derecho el principio de previo pago... y si existe desacuerdo sobre dicha indemnización se pague la cantidad concurrente y se consigne la restante».

De lo expuesto se puede deducir que, para que un procedimiento de inscripción registral sea válido, ha de aportarse al registro el acta de ocupación y el justificante de pago. Ahora bien, siendo el pago obligatorio, ¿este ha de ser hasta el límite de la conformidad o hasta lo determinado en el justiprecio?

Nótese que en la resolución referida (DGRN 14-10-05) se dice que «se pague la cantidad concurrente y se consigne la restante». Antes se ha visto que existe la obligación de pagar la cantidad económica hasta el límite de la conformidad, que no necesariamente ha de coincidir con el justiprecio. Por otro lado, también se han expuesto dos artículos de suma relevancia,

el artículo 32.4 del Reglamento Hipotecario y el artículo 209 del Reglamento de Gestión Urbanística. Ambos señalan que, para la inscripción en el Registro de la Propiedad, ha de acreditarse el pago del justiprecio, no de la conformidad. Por consiguiente, interpretando en concordancia la DGRN 14-10-05 con los preceptos señalados, esta resolución se refiere a que, para que el expropiante pueda inscribir el bien, deberá:

1. Pagar hasta el límite de la conformidad al expropiado y
2. Consignar la parte restante hasta alcanzar el justiprecio determinado por el jurado (y sin perjuicio del resultado del recurso judicial y el subsiguiente ajuste económico final).

En caso de no acreditarse el pago y la consignación en los términos expuestos, el registrador de la propiedad deberá denegar la inscripción. Esta consecuencia resulta coherente, pues el efecto traslativo de dominio se da con el previo pago y con la ocupación, no con la inscripción en el registro (que se limita a constatar tal actuación y revestirla de publicidad). Por ello, si no se dan los dos presupuestos señalados, el registrador no podrá constatar que se ha producido la traslación dominical.

Además, cabría deducir que, si la inscripción se pretende hacer tras la sentencia judicial firme, el pago habría de ser, en todo caso, por el importe total determinado por el órgano judicial.

En conclusión, en tanto no se aporte el justificante de pago en un procedimiento de expropiación ordinario por la totalidad de la obligación¹⁸ no se da el efecto traslativo de dominio y el bien nunca podrá ser inscrito en el registro, sin que se prevea un plazo para sortear el cumplimiento de estos presupuestos. Esto supone que, pese a otros eventuales plazos de prescripción o de caducidad que pudieran existir para algún aspecto del procedimiento expropiatorio, no se puede inscribir la propiedad en tanto no se haya abonado el justiprecio y sin que recaiga sobre este ningún plazo prescriptivo.

La imposibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad en tanto no se pague el justiprecio y sin sujeción a plazos redundante nuevamente en la obligación de satisfacer el pago con carácter imprescriptible.

¹⁸ De nuevo, la totalidad de la obligación dependerá del momento procedimental y de quién recurre en sede judicial, en su caso. Ver el apartado dedicado al deber de pago en la cantidad concurrente.

3.5. INTERESES EN LA EXPROPIACIÓN: DEMORA EN LA FIJACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

Hay que distinguir entre el interés de demora en la fijación del justiprecio y el interés de demora por el pago del justiprecio. A lo que este estudio interesa, hay que incidir en la demora en el pago del precio fijado utilizando como marco legal el artículo 57 LEF y el 73.1 REF.

Como regla general, la cantidad que se fije definitivamente, en vía administrativa, devengará el interés correspondiente en favor del expropiado hasta que se proceda a su pago y desde el momento en que hayan transcurrido seis meses desde la determinación del justiprecio (artículo 48 LEF).

Ahora bien, se da un supuesto especial en caso de que el justiprecio se impugne judicialmente, pues los intereses devengarán con efecto retroactivo desde el *dies a quo*, es decir, desde el día siguiente al vencimiento del plazo de seis meses¹⁹. Por tanto, no se excluye el tiempo de tramitación jurisdiccional, ya sea en la expropiación ordinaria o urgente, según ha dictaminado el Tribunal Supremo en la sección 6.^a, sentencia de 30 de abril 1996, rec. 7772/1991, al expresar que:

«Realmente este argumento solo discute si el devengo de los intereses debe correr sin solución de continuidad desde los seis meses siguientes a la fecha de la firmeza del acuerdo de necesidad de la ocupación hasta la efectiva ocupación de la finca, y desde el día siguiente a la ocupación hasta el pago, regla aplicable a las expropiaciones declaradas urgentes, conforme a los artículos 56 y 52 regla octava de la Ley de Expropiación Forzosa (ver sentencia de 1 de marzo de 1993, entre otras muchas), o bien, si la expropiación se considera ordinaria, los intereses deben calcularse desde los seis meses siguientes a la fecha de firmeza del acuerdo de necesidad de la ocupación hasta el momento en que se haya determinado definitivamente el justiprecio en la vía administrativa (artículo 56 de la Ley) y desde los seis meses siguientes a la determinación definitiva del justiprecio en la vía administrativa hasta el pago (artículo 57); porque en todo caso los intereses legales de demora deben devengarse hasta el pago del justiprecio de la expropiación, con exclusión de las cantidades correspondientes a depósitos y pagos parciales desde sus respectivas fechas. En efecto, la procedencia de verificar el cómputo de los intereses hasta la fecha de pago del justiprecio, sin descontar el periodo de tiempo que haya durado el proceso

¹⁹ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Administrativo*. Ref. 5954.

jurisdiccional para conseguir la definitiva fijación de dicho justiprecio por los Tribunales, resulta del artículo 57 de la Ley expropiatoria general, que claramente establece que la cantidad que se fije definitivamente como justo precio devengará el interés legal correspondiente a favor del expropiado “hasta que se proceda a su pago”, siendo reiteradas las sentencias que en tal sentido se pronuncian, tanto referidas a la expropiación declarada urgente (sentencias de 2 y 4 de marzo de 1992 y la ya citada de 1 de marzo de 1993) como a la ordinaria (sentencia de 10 de mayo de 1993)».

Vemos como esta sentencia se ocupa de matizar tanto el supuesto de un procedimiento expropiatorio ordinario como el de uno de urgencia. Asimismo, el Tribunal Supremo (Contencioso), en la sección 1.^a, sentencia de 16 de febrero de 1995, rec. 2344/1992, dictamina que el momento de inicio del plazo es el siguiente a aquel en que se cumplan seis meses de la fijación definitiva en vía administrativa del justo precio. El momento de finalización es el momento de pago o consignación del precio:

«En cuanto a los intereses regulados en el artículo 57 de la Ley de Expropiación, es decir a los derivados de la demora en el pago del justiprecio fijado definitivamente en vía administrativa el *dies a quo* será aquel en que se cumplan seis meses desde la fijación definitiva del justiprecio en vía administrativa, 31 de enero de 1991 y el *dies ad quem* será aquel en que el justiprecio se haya satisfecho efectivamente por la Administración expropiante o se hubiere consignado y la cuantía que habrá de servir para el cálculo de los mismos, lo será, por aplicación analógica del artículo 73.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (EDL 1957/54) la que se determina en esta sentencia».

Como se ha visto, incluso en los procedimientos expropiatorios urgentes se devengan intereses en dos periodos: el primero de ellos desde el día siguiente a la ocupación y hasta la determinación del justiprecio, y el segundo periodo desde la determinación del justiprecio hasta su pago (artículo 52.8 LEF)²⁰.

En los procedimientos urgentes, el interés se devenga de forma automática y tiene un carácter compensatorio por la privación de la posesión y disfrute del inmueble antes de efectuarse el pago de la indemnización

²⁰ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Administrativo*. Ref. 5956.

según la sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso) del 5 de mayo de 1993, rec. 9115/1990.

En el supuesto de consignación parcial, el importe del precio definitivo solo devenga intereses en la diferencia adicional que resulte del recurso contencioso-administrativo a favor del interesado según se fija en la sección 5.^a, sentencia de 26 de mayo de 1978, n.º 331/1978 del Tribunal Supremo (Contencioso):

«[...] de la que debe descontarse lo consignado en concepto de depósito previo a la ocupación, que asciende a 49 900 pesetas; la diferencia es la cantidad que devengará el interés legal, a razón del 4 % anual, desde la misma fecha de la ocupación (que tuvo lugar, según resulta del expediente administrativo, el día 28 de marzo de 1968) y hasta el total pago de lo que ahora se señala como justo precio».

Para finalizar este epígrafe hay que aclarar el plazo para reclamar intereses. El artículo 134 del Reglamento de Expropiación Forzosa preveía un plazo de un año para reclamar los intereses y el Tribunal Supremo dictaminó que el derecho prescribe a los cinco años de conformidad con las normas sobre prescripción de créditos contra el Estado, y ello aun cuando los mismos no se reclamen, por lo que no se considera admisible la renuncia tácita a estos créditos²¹.

El *dies a quo* para dar comienzo a este plazo de cinco años para solicitar los intereses está estipulado en el artículo 57 de la LEF y, en definitiva, resulta ser en el momento en el que se paga de forma definitiva el justiprecio:

«La cantidad que se fije definitivamente como justo precio devengará el interés legal correspondiente a favor del expropiado, hasta que se proceda a su pago y desde el momento en que hayan transcurrido los seis meses a que se refiere el artículo cuarenta y ocho».

En suma, no solo resultaría exigible al ayuntamiento expropiante el justiprecio —imprescriptible—, sino también los intereses computados desde los seis meses posteriores a la fecha de determinación del justiprecio y hasta cinco años después de su pago íntegro —de este modo, no prescribe la posibilidad de exigir los intereses mientras no se haya abonado la cantidad principal—.

²¹ Véase: LA LEY (2023). Expropiación forzosa: procedimientos expropiatorios y determinación del justiprecio. *La Ley*, Cap. 25 Responsabilidad por demora, p. 2.

Podemos concluir con las dos afirmaciones siguientes:

1. Los intereses devengados por el impago del justiprecio no prescriben en tanto no haya prescrito la deuda principal.
2. Solo tras el pago total del justiprecio comenzará a computar un plazo de cinco años para la prescripción para reclamar los intereses, el cual será, como otros plazos prescriptivos, susceptible de interrupción por el requerimiento fehaciente y oportuno.

3.6. INDEMNIZACIONES POR VICIOS EN LA EXPROPIACIÓN: FALTA DE REMATE Y OCUPACIÓN ILEGAL

3.6.1. Por no rematar la expropiación

Con base en los Dictámenes 567/1992, 3 de diciembre de 1992 del Consejo de Estado, la doctrina señala que el hecho de iniciarse un procedimiento expropiatorio, aunque no llegue a rematarse por desistimiento de la Administración, puede ocasionar un perjuicio efectivo a los eventuales expropiados en la medida en que se les prive de expectativas reales, ciertas y concretas de utilización o disponibilidad económica de los bienes objeto de expropiación y de que obligue a sus titulares a realizar gastos extraordinarios. En esta misma línea el Consejo de Estado profundiza en otros dictámenes y deduce que cuando la expropiación no se ve consumada, la exigencia de dichos daños puede encauzarse mediante un procedimiento independiente instruido al amparo de la Ley 30/1992, artículo 139 —hoy LRJSP, artículo 32 s—, a falta de otras previsiones específicas en el ordenamiento (CEst Dict 927/1999, 13-5-99; 920/1999, 13-5-99)²².

Por consiguiente, todos los gastos en los que aquel que iba a ser expropiado ha incurrido con motivo de la expropiación (justificados, claro) son indemnizables con ocasión de una expropiación comenzada, pero no rematada. A esto cabe añadirle un matiz: la condena en costas en un procedimiento judicial perdido por el recurrente. Si el recurrente ha litigado por considerar que debe de obtener un justiprecio mayor, pero finalmente se le ha desestimado esta pretensión y no ha obtenido la condena en costas de la otra parte a su favor e, incluso, ha sido el potencial expropiado quién ha tenido que pagar la condena en costas, cabe exigir entonces una indemni-

²² LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Administraciones Locales*. Ref. 5587

zación equivalente también al precio del pago de las costas, pues aunque viera perdida su pretensión, se hizo con motivo de un procedimiento expropiatorio que la Administración no ha terminado de consumir y que, en ese caso, tal procedimiento judicial nunca hubiera existido.

De este modo, aquellos que defiendan los intereses del Ministerio de Defensa ante procedimientos expropiatorios de sus propios bienes podrán hacer valer sus derechos indemnizatorios si, pese a tales actuaciones por parte de otras Administraciones expropiantes, estas no terminan desembocando en tiempo y forma en una expropiación ajustada a la legalidad y, por el contrario, generan perjuicios que el Ministerio no tenga el deber jurídico de soportar.

3.6.2. Por ocupación ilegal

Con carácter previo, debe reseñarse que nuestra alta jurisprudencia ha distinguido entre la indemnización por la privación del bien expropiado, que se cristaliza a través del justiprecio, y la indemnización por la ocupación ilegal de los bienes, por haberse incurrido en vía de hecho sin posibilidad de retrotraer el procedimiento restaurando los terrenos por las alteraciones físicas cometidas²³.

El objeto de este apartado es la indemnización por el segundo punto, por la ocupación ilegal. Respecto a este aspecto y a la incursión en la vía de hecho por no realizar la expropiación debidamente —dándose entonces una infracción del procedimiento—, esta lleva aparejada una indemnización de un 25 % del valor de los bienes objeto de expropiación. Por ejemplo, se puede citar la sección 6.^a, sentencia del 29 de noviembre de 2007, rec. 8889/2004, del Tribunal Supremo (Contencioso):

«Con idéntico criterio se pronunció esta Sala, además de en las Sentencias ya citadas, en las de 25 de octubre de 1993 EDJ 1993/9504 y 8 de abril de 1995 EDJ 1995/2499, en las que la ocupación por vía de hecho se saldó con la incoación de un expediente expropiatorio del terreno indebidamente ocupado.

TERCERO. —La doctrina de esta Sala de la que se hace eco la sentencia transcrita pone de relieve que en los supuestos en que la Administración hubiera incurrido en vía de hecho, el Tribunal *a quo* puede, ordenando la incoación de un expediente expropiatorio, sustituir la

²³ Véase: sección 6.^a, sentencia de 25 de mayo de 2011, rec. 3685/2007 del Tribunal Supremo (Contencioso),

restitución *in natura* por una indemnización equivalente al justiprecio del terreno con sus correspondientes intereses de demora, así como por la correspondiente a los daños y perjuicios inherentes a una ocupación ilegal que se fijan en el incremento del justiprecio e intereses debidos en un 25 %. Es por ello que el motivo de recurso debe ser estimado, pues tal y como se ha expuesto la Confederación Hidrográfica del Segura incurrió en vía de hecho al ocupar los terrenos de la actora, sin seguir el oportuno expediente expropiatorio. El hecho de que este se incoase por la propia Administración ya iniciado este procedimiento judicial antes de dictarse sentencia y que en el curso del mismo se vaya a fijar necesariamente el correspondiente justiprecio, no exime que haya de procederse a la fijación de una indemnización tendente a conseguir la plena indemnidad frente a los daños y perjuicios derivados de la ilegal ocupación.

La Sala de instancia entiende que únicamente procedería otorgar a la actora el valor de los terrenos, lo que estima ha de hacerse en el expediente expropiatorio, en la pieza del justiprecio, sin que considere procedente ninguna otra indemnización al no reputar acreditado ningún otro perjuicio diferente “al que pueda suponer la expropiación seguidamente acometida”. Al proceder así obviamente se vulnera la reiterada jurisprudencia de esta Sala que antes se ha citado en relación con los supuestos de vía de hecho en que se acuerda el incremento del justiprecio e intereses debidos en un 25 %».

Esta reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al porcentaje establecido del 25 % también puede verse en la sección 6.^a, sentencia del 10 de noviembre de 2009, rec. 1754/2006, del Tribunal Supremo (Contencioso)²⁴. Hay que subrayar que el incremento del 25 % no recae solo sobre el justiprecio, sino también, como señala el Tribunal Supremo, sobre los intereses.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Contencioso) se ha pronunciado a este respecto con un enfoque más didáctico en la sección 4.^a de la sentencia de 3 de febrero de 2011, n.º 59/2011, rec. 1136/2005, ante el supuesto en el que se solicita el veinticinco por ciento de indemnización por la incursión de la vía de hecho. En su FJ 7.º se dice así:

²⁴ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Administrativo*. Ref. 5642. Ausencia de notificación (si bien este apartado se refiere a la ausencia de notificación como defecto procedimental, considero que resulta aplicable porque trata la cuestión de ausencia o defecto en el curso del procedimiento legal establecido, lo cual resulta extensible a la falta de pago debida como parte esencial del procedimiento que da lugar a la vía de hecho).

«Resta por resolver si procede reconocer la indemnización solicitada del 25 % al afirmar el recurrente que la administración ha prescindido del procedimiento legalmente establecido.

Con relación a la nulidad del procedimiento por ausencia del trámite de información pública y falta de declaración de la necesidad de ocupación, la Sala ha de poner de manifiesto que hasta fechas recientes había hecho una interpretación excesivamente rigorista del principio de vinculación de las partes no solo por cuantías sino también y por lo que interesa, por conceptos, a lo solicitado en sus hojas de aprecio, a partir del contenido de, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 octubre 2008 EDJ 2008/185153 donde se dice que “las hojas de aprecio constituyen una declaración de voluntad de las partes sobre la valoración de los bienes a la que quedan sujetas en virtud del principio de los actos propios y determina el ámbito de actuación del Jurado y de la posterior revisión jurisdiccional, de manera que no puede darse más de lo solicitado por los expropiados y menos de lo ofrecido por la Administración(sentencias del 28 noviembre 2005 EDJ 2005/284320 y 12 junio 2007 EDJ 2007/70413. Esta vinculación alcanza tanto a los conceptos interminables como al “quantum” de manera que no cabe conceder por cada uno de esos conceptos mayor importe que el interesado en la hoja de aprecio, a diferencia de lo que sucede respecto de las partidas que las integran, cuya elevación no altera el petitum siempre que se respete la cuantía máxima de que se trate, puesto que los criterios y los métodos de valoración de los diferentes conceptos son heterogéneos mientras que los que se siguen para justipreciar el mismo bien resultan homogéneos y cabe su mutación en tanto no se sobrepase la suma total de unos y otros(además de las dos sentencias ya citadas, puede consultarse la del 23 mayo 1995 EDJ 1995/4227)”.

En aplicación de la referida doctrina jurisprudencial esta Sala vino considerando que la indemnización del 25 % por vía de hecho, si no se había solicitado en la hoja de aprecio y se pedía por primera vez en la demanda, no procedía. Sin embargo se procedió a una rectificación del mencionado criterio visto el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo del 24 marzo 2009 EDJ 2009/32293, según la cual “como indicamos en sentencia de 17 septiembre 2008 EDJ 2008/173241, por referencia a la de 16 marzo 2005 EDJ 2005/68394, una cosa es la indemnización procedente a consecuencia de la privación, en virtud del Instituto expropiatorio, de bienes y derechos, y otra cosa diferente es el reconocimiento del derecho a indemnización por la vía de hecho cometida por la administración a consecuencia de la anulación de la

actuación expropiatoria derivada de la vida de la resolución administrativa que declaró la utilidad pública que legitimaba sea Expropiación, cuya nulidad conlleva, en esencia, la devolución de las fincas de que se ha visto privado ilegítimamente el expropiado en vía de hecho, que solamente cabe sustituir, ante la imposibilidad material de devolución por haberse realizado la obra que motivó la expropiación, por una indemnización al amparo de lo dispuesto en el artículo 105 de la ley de la Jurisdicción. No se trata, por lo tanto, verificar el justiprecio de un procedimiento expropiatorio, cuyo caso opera la vinculación de las partes a lo solicitado en la hoja de aprecio, sino reparar la situación creada cuando la privación de los bienes, por haberse anulado el procedimiento expropiatorio y carecer de la necesaria cobertura legal, se entiende producido por la vía de hecho, cuyo efecto in natura sería la devolución de los terrenos expropiados e indemnización de los daños y perjuicios, y que ante la imposibilidad de dicha devolución, ha de incluir la correspondiente indemnización sustitutoria. Es en este contexto que la jurisprudencia viene estableciendo la posibilidad de que la indemnización vaya referida al justiprecio, fluido el premio de afección +1 cantidad que de ordinario se señala en el 25 %, pero entendiendo que con ello se trata de alcanzar la reparación de los daños y perjuicios realmente causados al propietario por la privación de sus bienes llevada a cabo por la vía de hecho, de ahí que en otras sentencias, como la citada del 16 marzo 2005 se precise que no se trata fijar el justiprecio sino de obtener un resarcimiento de la privación producida por la vía de hecho, lo que supone la valoración atendiendo al perjuicio real y efectivo sufrido por el afectado”».

Por redundar más en este criterio al respecto de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, en el mismo sentido se ha pronunciado el TSJ de la Comunidad Valenciana (Contencioso) en la sección 2.^a, sentencia de 12 de julio de 2010, n.º 838/2010, rec. 72/2007.

En mi criterio, estas sentencias, y en conjunción como todo lo que se ha expuesto dejan lugar a distintas interpretaciones, si bien todas ellas llevan aparejada algún tipo de indemnización. Entre estas posibilidades, vislumbro las siguientes alternativas como las principales:

1. La restitución de los terrenos (ya sea en su estado originario o no) más el 25 % de indemnización del justiprecio por haber sido privado ilegalmente de los terrenos.
2. En los casos en los que no sea posible o debida la devolución de los terrenos, el pago del justiprecio más el 25 % de indemnización

sobre el justiprecio —por haber sido privado de los terrenos con la infracción de procedimiento— y sobre los intereses —por producirse demora en el pago del justiprecio—.

Finalmente, es importante culminar este apartado con el pronunciamiento que ha hecho, ratificando lo anterior y aclarando el cauce para solicitar la indemnización, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sección 2.^a, sentencia de 23 de febrero de 2011, n.º 167/2011, rec. 88/2010:

«FJ 2: [...] y de otro lado, se insta el inicio de un expediente expropiatorio hasta la determinación del justiprecio con una indemnización compensatoria del 25 % por la ocupación por vía de hecho realizada por la Administración [...].

FALLO: [...] y reconociendo a la apelante tanto la ocupación de la finca 297B realizada por vía de hecho por el Ayuntamiento de Barcelona, así como el derecho a percibir la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios producidos como consecuencia de dicha ocupación por vía de responsabilidad patrimonial de la administración [...]».

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña deja claro que la vía de hecho es indemnizable por la vía de la responsabilidad patrimonial sin perjuicio de que se deba argumentar y acreditar el daño efectivo producido según se ha dictaminado en la, sección 5.^a, sentencia 27 de junio de 2019, n.º 934/2019, rec. 3666/2018 del Tribunal Supremo (Contencioso).

En definitiva, la falta de pago total del justiprecio o del pago o consignación parcial (consignación defectuosa) conllevan a que, de producirse la ocupación del bien por el Ayuntamiento expropiante, esta ocupación sea ilegal, lo que supondrá la posibilidad del Ministerio de Defensa de exigirle una indemnización por tal actuación.

3.7. RETASACIÓN DE LO EXPROPIADO POR FALTA DE PAGO

3.7.1. Aproximación a la figura de la retasación

Antes de abordar las implicaciones de la retasación es necesario hacer un somero repaso a la regulación de la retasación que se encuentra en los artículos 58 LEF y 74 REF. En ellos se deduce que, si transcurren cuatro

años, computados desde que se debió pagar el justiprecio, sin que el pago de la cantidad fijada se haga efectivo o se consigne, han de evaluarse de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación. En concreto, el artículo 58 LEF expresa:

«Artículo 58.

Si transcurrieran cuatro años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación, con arreglo a los preceptos contenidos en el Capítulo III del presente Título.

Una vez efectuado el pago o realizada la consignación, aunque haya transcurrido el plazo de cuatro años, no procederá el derecho a la retasación».

Hay que especificar que el plazo para que pueda solicitarse la retasación se computa desde el día siguiente a la fijación definitiva en vía administrativa del importe de la indemnización, no desde su determinación jurisdiccional, conforme a lo ordenado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 1980 y de 1 de junio de 1984²⁵.

El *dies a quo* parte del día de la notificación de la resolución valorativa definitiva en habida cuenta de la sección 6.^a, sentencia de 3 de octubre de 2000, rec. 4680/1996, del Tribunal Supremo (Contencioso), si bien existe una interpretación del mismo tribunal en contra —sección 6.^a, sentencia 16 de enero de 2003, rec. 7615/1998, del Tribunal Supremo (Contencioso)— en la que se admite como *dies a quo* la fecha de determinación judicial. Sea como fuere, la retasación no se interrumpe por la interposición de recurso jurisdiccional.

No ha de confundirse ese plazo de caducidad de la sección 5.^a, sentencia de 3 de marzo de 1986, de la primitiva valoración del Tribunal Supremo (Contencioso), con el de prescripción dentro del que ha de ejercerse la acción solicitando la retasación. Se trata de una acción retasatoria de naturaleza personal y no afectada por plazos especiales de prescripción que se halla sujeta al plazo general defectivo del artículo 1964 CC (cinco años según la Ley 42/2015; anteriormente quince años), que resulta de aplicación a los derechos y acciones de índole administrativa (TS 14-6-78; 21-1-76; 8-10-75). Por tanto, la retasación no se somete al plazo excepcional de un año establecido en el artículo 122.2 LEF para los supuestos y situaciones definidas en los artículos 120 y 121 LEC (TS 19-1-84).

²⁵ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Administrativo*. Ref. 5960.

Cabe deducir que, pasados cuatro años desde la determinación del justiprecio sin que este se hubiera pagado —plazo de caducidad—, surge un nuevo plazo de cinco años para solicitar la retasación —plazo de prescripción—.

En caso de consignación defectuosa también se reconoce el derecho a la retasación según la sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso) de 13 de octubre de 1993, recurso 247/1991, que en su FJ 2.º expone:

«Es evidente que si esta consignación se entiende bien hecha equivaldría al pago del justo precio y no habrá derecho alguno a la retasación interesada por la causahabiente de los propietarios de la finca expropiada, mientras que, por el contrario, si la consignación realizada no puede estimarse bien hecha, carecerá de efecto liberatorio y, en consecuencia, al haber transcurrido más de dos años sin haberse pagado ni consignado válidamente la cantidad fijada como justiprecio, habrá que acceder a la pretensión de retasación formulada en este pleito, conforme a lo que establece el artículo 58 LEF».

Por tanto, la consignación defectuosa tampoco puede, en ningún caso, interrumpir el plazo de cuatro años para la retasación.

En el supuesto de retroacción de actuaciones ordenadas judicialmente con anulación de la resolución del justiprecio (incluso aunque se hubiera abonado), el nuevo acuerdo de justiprecio se somete, a su vez, a las reglas de retasación²⁶.

3.7.2. Las implicaciones que conllevan la posibilidad de solicitar retasación

Habida cuenta del *Informe AGE 2022*, que declara la prescripción del justiprecio a los cinco años, este apartado está destinado a llevar el razonamiento —no adecuado— hasta la última de sus consecuencias mediante la institución de la retasación y utilizando otro punto de vista sobre la existencia de un plazo mayor al de cinco años para exigir el pago del justiprecio sin perjuicio de lo todo lo argumentado para explicar su imprescriptibilidad.

Por tanto, he de advertir al lector que este apartado es un paréntesis en los argumentos que se están relatando para apuntalar otras lógicas surgidas desde la premisa de una hipotética prescripción del justiprecio.

²⁶ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Administrativo*. Ref. 5971.

Aun suponiendo que la reclamación del justiprecio estuviera sujeta a algún plazo de prescriptivo, este plazo no puede ser el de los cinco años inmediatamente posteriores a la determinación del justiprecio, sino que dicho plazo encontrará su comienzo y fin en un periodo más prolongado de acuerdo con un concadenado lógico de consecuencias jurídicas que nacen a raíz del impago total o parcial del justiprecio (este impago alcanzaría los casos de consignación insuficiente o defectuosa).

El planteamiento es el siguiente: si existe un plazo de prescripción de cinco años para la retasación y este mecanismo jurídico solo puede ejercitarse al cabo de cuatro años desde la determinación del justiprecio y sin haberse pagado este, ¿hasta qué momento puede instarse a la retasación? Considero que, a la luz de lo que se ha visto en el apartado anterior sobre la retasación, la respuesta es clara: hasta cinco años después de haber transcurrido los primeros cuatro.

En otras palabras, pasados cuatro años desde que se debió haber pagado el justiprecio comienzan a contar otros cinco años para solicitar su retasación y, por supuesto, también para exigir su pago. De este modo, el expropiante tiene cuatro años para pagar el justiprecio y, posteriormente, el expropiado tiene otros cinco años para solicitar su retasación y reclamar el pago.

Esta cuestión es de suma importancia para el asunto que se trata en este estudio, pues se deduce que, incluso pasados cinco años sin que Ministerio de Defensa haya obtenido el justiprecio, tendría derecho tanto a la solicitud de retasación como a la reivindicación del pago. Y si esta afirmación resulta coherente, lógica, cierta y con cabida en nuestro ordenamiento jurídico, dicha posibilidad sería incompatible si el plazo para reclamar la cantidad debida por ejecución de sentencia fuera de cinco años (como dispone el artículo 518 LEC).

Esto no quiere decir que, de no solicitarse la retasación en los cinco años al efecto (artículo 1964 CC), se pierda el derecho a la obtención del justiprecio, pues no se entiende esta consecuencia. Solo se estaría diciendo que, a lo sumo, se perdería el derecho a solicitar la retasación pasados los cinco años referidos.

Por tanto, aquella cantidad económica sobre la que el ordenamiento jurídico permite retasar no puede prescribir a los cinco años para exigir nuevamente su pago, sino que debe ofrecer un lapso de, al menos, nueve años (cuatro años para pagar el justiprecio más cinco años para solicitar su retasación en caso de no producirse).

En definitiva, sin perjuicio de todos los argumentos expuestos para justificar la imprescriptibilidad del justiprecio, otra línea argumental adicional

es defender la existencia de un periodo de nueve años para que el Ministerio de Defensa pueda reaccionar ante el impago de una expropiación.

3.8. Prohibición del enriquecimiento injusto

El principio de prohibición del enriquecimiento injusto en el ámbito del derecho administrativo opera plenamente en nuestro ordenamiento desde los años sesenta. Se trata de un principio genérico y que de proyecta en todos los campos del derecho administrativo, en todas las actuaciones de la Administración pública, y resulta un elemento común de todas las manifestaciones derivadas de estas actuaciones²⁷.

Existe una línea jurisprudencial que ha venido reconociendo este principio y que el reputado jurista Santiago Muñoz Machado²⁸ ha estudiado:

«Esa línea jurisprudencial ha continuado hasta la actualidad, como reflejan las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de abril (Contencioso, sec. 7.^a, S 30-04-2001, rec. 8534/1995; EDJ 2001/9865) y 12 de septiembre de 2001 o 15 de abril de 2002. Los requisitos que exige esta jurisprudencia para la aplicación, en definitiva, del principio de restitución del enriquecimiento injusto, son los procedentes de la jurisprudencia civil que, desde la Sentencia referida de 28 de enero de 1956, se resumen en las siguientes reglas: a) enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos; b) el empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido, siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre; c) relación causal entre empobrecimiento y enriquecimiento, de forma que este sea el efecto de aquel. O, dicho en otros términos, que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento; d) la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento».

Con mayor síntesis, otros autores²⁹ señalan que los requisitos para que opere el enriquecimiento injusto son:

²⁷ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Derecho Administrativo*. Ref. 3712.

²⁸ MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo III*. BOE. Ref. 648, pp. 303, requisitos.

²⁹ LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Administraciones Locales*. Ref. 11554.

- Aumento del patrimonio del enriquecido.
- Correlativo empobrecimiento de la parte actora representado por un daño emergente o por un lucro cesante.
- Falta de causa que justifique el enriquecimiento.
- Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

En pocas palabras y a la luz de estos requisitos, si todos se dan por la comisión de una actuación administrativa, esta estaría incurriendo en un supuesto prohibido, con la obligación de devolver, restituir o indemnizar a la parte que ha empobrecido.

El Tribunal Supremo ha entendido que el plazo para ejercer esta acción contra la Administración pública se corresponde con el artículo 1964 CC, por lo que su plazo actualmente sería de cinco años.

Como regla general, el plazo comienza a computar desde que se ha incumplido la obligación de pago. A lo largo de este documento se han expuesto las razones que sirven de apoyo a la fundamentación por la que no existe plazo prescriptivo cuando se trata de abonar el justiprecio. En este caso, el plazo para alegar la acción por enriquecimiento injusto, por su propia lógica intrínseca, también sería imprescriptible.

No obstante, procurando alcanzar otras posibilidades que puedan deducirse de la ley —y aplicando un enfoque innovador—, en el epígrafe dedicado a la retasación se ha arrojado la posibilidad de estar sujeto, al menos, a un plazo más prolongado de nueve años. Dentro del marco de este argumento, la acción por enriquecimiento injusto podría ubicarse también en ese periodo.

Para concluir, en este estudio concreto de impago del justiprecio la teoría que gira en torno al enriquecimiento injusto servirá para apoyar el resto de los argumentos que ya se han dado. Además, esta acción pervivirá tanto como lo haga el derecho a reclamar la indemnización del justo precio.

4. MENCIÓN A JURISPRUDENCIA RECIENTE

Para finalizar este trabajo y por si el lector aun tuviera algún ápice de duda acerca de la interpretación del estudio que se ha llevado a cabo a lo largo de estas páginas, procedo a exponer unas sentencias de actualidad que sirvan de colofón a la ratificación de las ideas que han podido verse y, en especial, a la de la imprescriptibilidad del justiprecio.

Hace un par de años, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares se pronunció mediante la sentencia con referencia STSJ BAL 148/2021, de 23 de febrero de 2021, número de recurso 87/2019 y número de resolución 130/130/2021, y, con fundamento en la jurisprudencia de este mismo Tribunal de los años 1996 y 1982, en su FJ 3.º se dice:

«En los supuestos de demora en el pago del justiprecio, el derecho del interesado destinado a obtener su abono no prescribe, sino que, transcurridos 4 años desde la fijación firme del importe de la transmisión forzosa por causas de utilidad pública e interés social, procede efectuar la retasación de sus conceptos y cuantías, como establece el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa.

En este sentido, la jurisprudencia ha establecido de forma reiterada (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre de 1996, Recurso: 10821/1991, FD 6.º), que resulta imprescriptible el derecho o acción a percibir el justiprecio de los bienes o derechos expropiados, consecuencia que deriva “de la propia naturaleza del instituto expropiatorio, en el que el precio es un requisito esencial, de manera que si no se paga el justiprecio se produce una confiscación en lugar de una expropiación, ya que, para que esta exista, tanto el artículo 33.3 de la Constitución como el artículo 349 del Código civil exigen la correspondiente indemnización, y así lo consideró esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de octubre de 1989 , al razonar que el pago o depósito del justiprecio es un deber connatural y necesario en el instituto expropiatorio para que el beneficiario alcance definitivamente la propiedad del bien afectado, de manera que ese derecho no es un crédito, cuyo reconocimiento, liquidación o cobro sean susceptibles de prescripción, sino que constituye un requisito inexcusable a fin de que la expropiación no se convierta en confiscación y resulten debidamente indemnizados los propietarios coactivamente privados de su dominio”.

Esta imprescriptibilidad se deriva de la circunstancia consistente en que, sin el pago del precio, la expropiación es inexistente, como expresan las Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 37/1987, de 26 de marzo y n.º 301/1993, de 21 de octubre : sin el pago del justiprecio (por razones que fueren) no existe, en palabras del tribunal constitucional, “válido ejercicio de la potestad expropiatoria”, resultando esta omisión de abono contraria al artículo 33.3 de la Constitución, precepto en el que se consagra el derecho a la propiedad privada».

Puede verse como, de manera explícita, este tribunal señala la imprescriptibilidad del justiprecio y, lejos de producirse la extinción del derecho de a la compensación económica por el mero transcurso del tiempo, lo que se produce es el derecho a solicitar la retasación al expropiado. De este modo, el Tribunal Supremo declara el justiprecio como un deber connatural y necesario y, si no se abona, no estaríamos ante una expropiación, sino ante una confiscación. Además, el tribunal matiza que este no se trata un crédito en sentido ordinario y sujeto a la posibilidad de prescripción.

El Tribunal Superior de Justicia declara que la falta de pago del justiprecio desnuda la potestad expropiatoria y desprovee de la prerrogativa al órgano administrativo que ha llevado a cabo la operación.

Finalmente, hace tan solo un año, el Tribunal Supremo afianzó de nuevo esta doctrina con un pronunciamiento que alcanzaba de forma clarificadora también a los intereses de demora. De esta forma, el Tribunal Supremo confirmó la doctrina señalada en su Sentencia 173/2022 (Sala de lo Contencioso), de 3 de mayo de 2022, número de recurso 3479/2021 y número de resolución 511/2022, que en su FJ 4.º dictamina que:

«[...] Ahora bien, como se declara en la mencionada sentencia, si bien el pago del justiprecio no prescribe, por constituir dicho pago una exigencia inherente a la potestad expropiatoria, como se razona en el escrito de oposición; es lo cierto que los intereses de demora sí son susceptibles de prescripción cuando se ha percibido a plena conformidad el pago del justiprecio y, a tales efectos, el *dies a quo* para el inicio del plazo de prescripción es aquel en el que se ha percibido el referido justiprecio a plena conformidad y ello por cuanto el pago de tales intereses constituye una obligación accesoria del justiprecio y en tanto no se cumple la misma no surge el derecho a la accesoria. Ahora bien, en cuanto que la finalidad de dichos intereses no es otro que compensar la demora en el pago del justiprecio, son susceptibles de prescripción, cuyo plazo comienza con el pago del justiprecio».

De manera contundente se reafirma la imprescriptibilidad del justiprecio. Además, también se deducen dos premisas acerca de los intereses del justiprecio. La primera, que son imprescriptibles —por no comenzar a computar su plazo— hasta que no se pague por completo el justiprecio. La segunda, que, una vez hecho este pago principal, habrá cinco años para requerir al expropiante el abono de los intereses (y por consiguiente, el requerimiento fehaciente interrumpirá el plazo previsto de cinco años al efecto).

5. CONCLUSIONES

En primer lugar, en el supuesto genérico de la ejecución de sentencias cuando es una Administración la condenada en el seno de un contencioso-administrativo, no existe jurisprudencia unánime respecto a la prescripción de la ejecución de sentencias a los cinco años. En contraposición, la jurisprudencia dilucida que, al ser una cuestión de orden público y según la interpretación de los artículos 29, 104.1 y 109.1 LJCA, el plazo puede quedar abierto o, al menos, ser más prolongado.

En segundo lugar, la actuación omisiva de cualquier Administración (también la local) para no cumplir la sentencia puede considerarse vicio de nulidad por contravenir el ordenamiento jurídico de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.1.f LPAC, vicio que resultaría imprescriptible y en conjunción con el artículo 103, apartados 3, 4 y 5 LJCA.

En tercer lugar, la falta de pago completo del justiprecio se considera omisión de un trámite esencial que da lugar a la nulidad (por incurrir en vía de hecho) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.1.e LPAC, vicio que también resultaría imprescriptible y que, del mismo modo, puede relacionarse con los artículos de la LJCA ya señalados.

Esta interpretación ha sido ratificada por la STSJ BAL 148/2021, de 23 de febrero de 2021, y por la STS 173/2022, de modo que se declara la imprescriptibilidad del justiprecio como presupuesto fundamental para revestir la potestad expropiatoria y connatural a esta.

En cuarto lugar, la posibilidad de retasación existe cuando no se ha pagado el justiprecio o este se ha consignado de manera defectuosa, han transcurrido cuatro años y, consecuentemente, cabe reclamar de nuevo el pago. Hay que inferir que, una vez pasados los cuatro años, se habilita un plazo de cinco años para ejercer el derecho de retasación y reclamación del justiprecio actualizado.

En los casos en los que exista un pago parcial y por debajo de lo debido, una vez ya se ha ocupado el inmueble, en tanto no se haya depositado la cantidad mínima suficiente para la ocupación en su momento esta ocupación resulta ilegal, lo que da derecho a indemnización de hasta el 25 % del justiprecio incluso con la devolución de los terrenos al expropiado.

En quinto lugar, el no debido depósito del justiprecio imposibilita la inscripción registral del bien expropiado, lo que hace que su situación quede en un limbo legal de manera indefinida en el tiempo, refuerza la idea de la imprescriptibilidad del pago y ofrece una posibilidad negociadora al Ministerio de Defensa en su papel de expropiado.

En sexto lugar, en tanto no se ha depositado el total del justiprecio cabe solicitar intereses de demora de manera imprescriptible en la medida en aún que quepa reclamar la cantidad principal que falta por abonarse en concepto de justiprecio. Una vez abonado el justiprecio en su totalidad, habrá un plazo de prescripción de cinco años para solicitar estos intereses.

En séptimo lugar, el enriquecimiento injusto es un principio del orden administrativo que impide que ninguna Administración pueda enriquecerse sin causa justa. En este caso, el expropiado podría hacer valer este principio para defender sus derechos. No obstante, queda abierto cierto margen interpretativo para entender cuál es el *dies ad quem*.

BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ GARCÍA, B. y FUERTES LÓPEZ F. J. (2023), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*. Aranzadi.
- GAMERO CASADO, E. (2016) *Manual de Derecho Administrativo Básico*. Tecnos.
- LA LEY (2023). *Expropiación forzosa: procedimientos expropiatorios y determinación del justiprecio*. La Ley.
- LEFEBVRE, F (2023). *Memento Contencioso-administrativo*. Lefebvre.
- (2023). *Memento de Derecho Administrativo*. Lefebvre.
- (2023). *Memento Expropiación Forzosa*. Lefebvre.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo III*. BOE.
- ORTIZ RAMÍREZ, J. (2019). *Expropiación forzosa: Conceptos, procedimientos y criterios de valoración del justiprecio*. Sepín.
- REDONDO HIRUELO, M. (2020). *La legitimación de las partes en el proceso contencioso-administrativo*. Universidad de Alcalá.
- RUIZ LÓPEZ, M. Á. (2021). *Las garantías jurídicas tras la expropiación forzosa*. Thomson Reuters Aranzadi.
- RUIZ RISUEÑO, F. (2022). *El Proceso Contencioso-Administrativo*. Aranzadi.

UNA SEÑAL DE ALERTA: CUESTIONES QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE AL PERSONAL MILITAR

Miguel Ángel Franco García
Teniente coronel auditor
Doctor en Derecho

Resumen

En el ámbito de la Unión Europea, la norma general protectora del informante viene constituida por la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Dicha directiva ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, conocida comúnmente como ley de protección del informante.

Esta ley contiene ciertos aspectos que son difíciles de conciliar con la singularidad del régimen estatutario militar, por lo que centraremos nuestro análisis en tratar de delimitar su extensión y sus límites tomando como referencia la disciplina, jerarquía y unidad que constituyen la piedra angular sobre la que se asienta la organización militar.

Palabras clave: Protección del informante, Infracciones disciplinarias militares, Delitos militares, Deberes del militar.

Abstract

At European Union level, the general regulation on the protection of the informer is constituted by Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019, on the protection of persons who report breaches of Union Law.

This directive has been transposed into the Spanish legal system by Law 2/2023, of 20 February, on the protection of persons reporting on regulatory and anti-corruption infringements, commonly called the informer protection law.

This law contains certain aspects that are difficult to link with the singularity of the military statutory regime. Therefore, in the following pages we will try to define its extension and limits, taking as reference the discipline, hierarchy and unity, which constitute the cornerstone on which the military organization is based.

Keywords: Protection of the Informant, Military Disciplinary Infractions, Military Crimes, Duties of the Military.

Sumario

1 Introducción. 2 El ámbito material de protección. 2.1. ¿Están comprendidas las comunicaciones sobre faltas y delitos militares efectuadas por un militar? 2.2 Exclusión de la protección: la información clasificada y el deber militar de reserva. 3 Delimitación del ámbito personal de protección. 3.1 Alusión a la distinción terminológica entre «militar denunciante» y «militar informante». 3.2 La necesidad de concreción del ámbito subjetivo respecto al personal militar. 4 Cuestiones relativas a la tramitación de las comunicaciones anónimas sobre delitos y faltas militares. 5 La posición jurídica del «militar informante» en el procedimiento de gestión de informaciones y en los posteriores procedimientos sancionador y penal. 6 La revelación pública de información por el militar: la libertad de expresión y las características de la organización militar como factores de ponderación. 7 Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La denostada figura, desde un punto de vista ético, del delator o confidente ha encontrado su adecuado contrapeso en la plasmación normativa de que quien informa a las autoridades sobre determinadas conductas contrarias al ordenamiento jurídico colabora en la prevención y el descubrimiento de la infracción y el delito, por lo que resulta merecedor de

protección, aunque no siempre el comportamiento del informante resulte socialmente aceptado (Olaizola, 2021: 29).

De este modo, la necesidad de establecer sistemas de protección del informante ha tenido su reflejo normativo, si bien de manera fragmentaria y sectorial, en el ámbito internacional y en el de la Unión Europea, así como también pueden encontrarse ciertas referencias puntuales a determinados aspectos protectores en la esfera nacional¹.

Sin embargo, hasta la aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción² (en lo sucesivo, Ley 2/2023 o, para evitar repeticiones, ley de protección del informante) en nuestro derecho de origen interno no existía una norma específica que regulara el estatuto y que protegiera, desde un punto de vista integral, a quienes comunicaban información sobre la comisión de hechos ilícitos (Iglesias, 2023: 177).

Esta ley traspuso a nuestro ordenamiento jurídico³, de forma tardía, la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión⁴.

La ley de protección del informante persigue como finalidad primordial proteger frente a las represalias a las personas físicas que informen sobre los hechos comprendidos en su ámbito material de aplicación, así como, en un segundo plano, pero no por ello menos importante, fortalecer la cultura de la información y la integridad en las organizaciones⁵.

¹ A título de ejemplo, en el terreno internacional puede destacarse la previsión del artículo 8.4 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción celebrada en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y ratificada por España mediante instrumento de 9 de junio de 2006, BOE n.º 171, de 19 de julio de 2006; en el de la Unión Europea, puede citarse el considerando 11 del Reglamento (UE) 376/2014, de 3 de abril, sobre notificación de sucesos en la aviación civil, DOUE L 122/18, de 24 de abril de 2014; y en nuestro derecho de origen interno, el artículo 114 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, BOE n.º 302, de 18 de diciembre, que recoge la posibilidad de denuncia pública, y el 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE n.º 71, de 23 de marzo de 2007, que estableció canales de denuncia en la esfera laboral, con el fin de evitar el acoso sexual.

² Véase: BOE n.º 44, de 21 de febrero de 2023.

³ El 17 de diciembre de 2021 se cumplió el plazo de trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937 al ordenamiento jurídico español y, como en España todavía no se había efectuado, el 27 de enero de 2022 la Comisión Europea inició el procedimiento de infracción INFR(2022)0073 que llevó a España ante el Tribunal de Justicia el 15 de febrero de 2023 y que todavía está en curso.

⁴ DOUE L 305/17, de 26 de noviembre de 2019.

⁵ Artículo 1.

Esta ley establece las normas mínimas de los canales de información y prevé la obligatoriedad de implantar en determinadas entidades del sector público y privado un sistema interno de información en el que ha de existir un canal interno para la presentación y gestión de las comunicaciones sobre infracciones del ordenamiento jurídico, aunque la especificación del procedimiento queda en el aire puesto que son los sujetos obligados quienes deben de confeccionarlo (Sierra, 2023).

Asimismo, en el ámbito estatal se establece la implantación de un canal externo de información dependiente de la Autoridad Administrativa Independiente de Protección al Informante, de nueva creación, que coexiste con los correspondientes canales autonómicos.

La persona que informe sobre las infracciones puede optar por presentar la comunicación a través de cualquiera de los canales, interno o externo, aunque legalmente se establece la preferencia del primero.

Los loables fines perseguidos por el legislador al establecer un régimen general y transversal de protección al informante que afecta a múltiples ramas de nuestro ordenamiento jurídico, como la penal, la administrativa o la laboral, han quedado difuminados al no haberse tenido en cuenta la especificidad de algunos sectores como el castrense.

Por ello, el objeto de este trabajo consiste en dilucidar cuáles son los matices, la extensión y los límites que presenta la aplicación al personal militar de aquellas previsiones contenidas en la Ley 2/2023 que consideramos tienen mayores puntos de fricción y dificultades de conciliación con el contenido de las normas administrativas, procesales y penales militares.

En las siguientes páginas analizaremos las peculiaridades que presenta la aplicación del ámbito material de la Ley 2/2023 respecto del personal militar, para lo que ceñiremos nuestro campo de estudio a los delitos y faltas militares, pero también abordaremos la exclusión legal de dicho ámbito de las materias clasificadas en relación con el deber militar de reserva.

Después de efectuar algunas precisiones terminológicas sobre las figuras del «militar denunciante» y el «militar informante», trataremos de concretar qué personas deben entenderse incluidas en el ámbito personal de la ley a la luz de las normas reguladoras del régimen de personal militar.

También prestaremos atención a las comunicaciones anónimas de delitos y faltas militares, y realizaremos una valoración de la posición jurídica que ocupa el «militar informante» tanto en el procedimiento de gestión de las comunicaciones de información como en los procedimientos sancionador y penal que pudieran incoarse.

Finalmente, intentaremos delimitar los contornos de la protección cuando quien revela la información a través de los medios de comunicación social ostenta la condición militar.

2. EL ÁMBITO MATERIAL DE PROTECCIÓN

2.1. ¿ESTÁN COMPRENDIDAS LAS COMUNICACIONES SOBRE FALTAS Y DELITOS MILITARES EFECTUADAS POR UN MILITAR?

El legislador español ha optado por extender el ámbito de aplicación de la Ley 2/2023, además de a las informaciones relativas a infracciones del derecho de la Unión Europea, a las acciones u omisiones del derecho nacional que pudieran ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave.

Respecto a las infracciones del derecho de la Unión Europea, cabe puntualizar que no se exige una determinada entidad, por lo que comprende las que pudieran calificarse como leves, graves o muy graves, en tanto que, por lo que se refiere a las informaciones que versen sobre infracciones del derecho nacional, quedan fuera de la protección las de carácter leve.

Ha de significarse que el texto inicial del anteproyecto de la ley de protección del informante introducía una mención, que finalmente no se ha incorporado a la ley, relativa a que la comunicación de información sobre las acciones u omisiones constitutivas de infracción solo se consideraba merecedora de protección si no contaba «con una regulación específica»⁶, pero se daba la circunstancia de que las faltas y delitos militares cuentan con este tipo de regulación.

Ahora bien, al no figurar en la ley ninguna fórmula de posible exclusión de su ámbito material de aplicación respecto a las faltas disciplinarias y los delitos militares, ello obliga a determinar si las comunicaciones de

⁶ Véase: Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) sobre el anteproyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción [en línea] [consulta: 28 junio 2023]. Disponible en: [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-Ley-reguladora-de-la-proteccion-de-las-personas-que-informen-sobre-infracciones-normativas-y-de-lucha-contrala-corrupcion-por-la-que-se-transpone-la-Directiva--UE--2019-1937-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo--de-23-de-octubre-de-2019--relativa-a-la-proteccion-de-las-personas-que-informen-sobre-derecho-de-la-Union-](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-Ley-reguladora-de-la-proteccion-de-las-personas-que-informen-sobre-infracciones-normativas-y-de-lucha-contrala-corrupcion-por-la-que-se-transpone-la-Directiva--UE--2019-1937-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo--de-23-de-octubre-de-2019--relativa-a-la-proteccion-de-las-personas-que-informen-sobre-derecho-de-la-Union-,), p. 30.

información que el personal militar pudiera proporcionar sobre las esas infracciones y delitos se hallan o no comprendidas en su ámbito material.

Por lo que se refiere al campo disciplinario militar, cualquier puesta en conocimiento de infracciones propias del estatuto profesional del personal sometido a disciplina militar ha de efectuarse del modo previsto en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas⁷ dado que, por razón de la materia, es una norma en vigor de preferente aplicación a la ley de protección del informante, en cuyo artículo 42 se establece lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30, todo militar que observe o tenga conocimiento de un hecho o conducta que constituya infracción disciplinaria y no tenga competencia sancionadora, formulará directa e inmediatamente parte disciplinario a quien la tenga para sancionar la falta u ordenar la instrucción del oportuno expediente disciplinario, informando de tal circunstancia a su inmediato superior».

Asimismo, el artículo 30 de la Ley Orgánica 8/2014 dispone que:

«Todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los de inferior empleo, le estén o no subordinados directamente, cualquiera que sea el ejército o cuerpo al que pertenezcan. Si además las juzga merecedoras de sanción, lo hará por sí mismo si tiene competencia sancionadora y, si no la tuviera, dará parte directa e inmediatamente a quien la tenga, informando de tal circunstancia a su inmediato superior».

De mera lectura de ambos artículos puede colegirse que, en relación con el personal militar que tuviera conocimiento de la perpetración de acciones u omisiones que pudieran ser constitutivas de falta disciplinaria grave o muy grave, se establecen dos obligaciones específicas que resultan incompatibles y excluyentes respecto a la utilización a voluntad del informante de los canales de información previstos en la ley de protección del informante.

De este modo, la norma disciplinaria militar establece de forma taxativa, por un lado, el deber de todo militar de formular parte disciplinario «directa e inmediatamente» o de corregir por sí mismo las infracciones disciplinarias que observe en función, respectivamente, de si carece o tiene

⁷ BOE n.º 294, de 5 de diciembre de 2014.

asignada competencia sancionadora y, por otro, la obligación de poner los hechos en conocimiento del inmediato superior.

En este orden de cosas ha de precisarse que el militar, para la puesta en conocimiento de asuntos del servicio y, en concreto, para la dación del parte disciplinario, debe seguir el conducto reglamentario al que se hace referencia en el artículo 28 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas⁸, al señalar que el militar «para asuntos del servicio se relacionará con superiores y subordinados por conducto regular según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, que será el conducto reglamentario, salvo en los casos que esté establecido uno específico para dirigirse al órgano competente para resolver».

La razón de que se haya establecido la obligación de utilizar el cauce regular no es otra que la necesidad de que el superior jerárquico conozca los hechos para salvaguardar la disciplina y el respeto a la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, lo cual puede deducirse de la doctrina sentada en la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2019, que cita muchas otras en el mismo sentido, al expresar que «[...] el fundamento de las prescripciones antes dichas tienen su base en la necesidad de que los sucesivos mandos conozcan de la queja o reclamación dirigida al superior común, como exigencia de la disciplina y jerarquización»⁹.

Por lo tanto, el conducto reglamentario se configura como el medio de relación para asuntos del servicio entre superiores y subordinados según la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, siendo este conducto el cauce adecuado para cursar un parte disciplinario hasta el punto de constituir infracción disciplinaria prescindir de los cauces reglados¹⁰.

El requisito fundamental que ha de cumplir la comunicación emitida por un militar para que exista la obligación de utilizar el cauce regular es que esté relacionada con los «asuntos del servicio».

La indeterminación y la extraordinaria amplitud que supone esta mención hace que todo lo que directa o indirectamente tenga alguna relación con las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas quede comprendido dentro de ella. De este modo, parece desprenderse de la jurisprudencia emanada de la Sala Quinta del Tribunal Supremo al declarar, entre otras,

⁸ BOE n.º 33, de 7 de febrero.

⁹ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2019 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2019:956.

¹⁰ Véase: artículo 6.7 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

en la sentencia de 11 de marzo de 2003, que por asuntos del servicio debe entenderse «el conjunto de actos que incumbe realizar a las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de la misión que constitucionalmente le ha sido confiada»¹¹, es decir, garantizar la soberanía e independencia de España y defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional¹².

La salvedad a la utilización del conducto reglamentario cuando exista un cauce específico para dirigirse a la autoridad competente para resolver parece referirse a los supuestos en que el militar puede dirigirse directamente a la autoridad que tiene asignada competencia para adoptar la resolución que proceda sobre los hechos a los que se contrae información transmitida, como sería el caso, por ejemplo, de la denuncia por la comisión de delitos militares regulada en los artículos 134 a 140 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar¹³, en el que puede presentarse ante el juez togado, el fiscal jurídico militar, o incluso ante la autoridad militar, sin que sea preciso seguir el cauce regular.

Además, lo dispuesto por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, ampliado por los Acuerdos del Consejo de Ministros de 17 de marzo y 29 de julio de 1994¹⁴, por el que se clasifican determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales¹⁵, en el que se otorga, con carácter genérico, la clasificación de «reservado» a las «[...] sanciones del personal militar»¹⁶ parece confirmar el hecho de que la comunicación de información sobre infracciones disciplinarias realizada por un militar se halla excluida de la aplicación de la ley de protección del informante. De ahí que, en virtud de lo expresado por el artículo 2.4 de la Ley 2/2023 cuando indica que «la protección prevista en esta ley no será de aplicación a las informaciones que afecten a la información clasificada», las informaciones que afecten a las sanciones que pudieran imponerse por la comisión de faltas disciplinarias militares

¹¹ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2003 (FJ 1), ECLI:ES:TS:2003:1633. En el mismo sentido, las sentencias de la misma Sala de 1 de junio de 2000 (FJ 1), ECLI:ES:TS:2000:4501, y de 5 de abril de 2001 (FJ 1), ECLI:ES:TS:2001:2854.

¹² Artículo 8.1 de la Constitución Española, BOE n.º 311, de 29 de 12 de 1978.

¹³ BOE n.º 92, de 18 de abril.

¹⁴ Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 [en línea]. [Consulta: 4 julio 2023]. Disponible en: https://gestiona3.madrid.org/archivos/images/AREA_PROFESIONAL/Legislacion_archivistica/EST_Acuerdo_Consejo_Ministros_SSOO_28-11-1986.pdf

¹⁵ BOE n.º 84, de 6 de abril.

¹⁶ Apartado segundo, letra f, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986.

graves y muy graves, al tener aquellas la clasificación de «reservado», estarían excluidas de su aplicación.

Llegados a este punto, cabe preguntarse sobre qué infracciones disciplinarias puede informar un militar a través de los canales previstos en la Ley 2/2023. Parece que al personal militar le quedaría un estrecho margen para utilizar los canales de comunicación de información, interno y externo, dado que, en la ley disciplinaria militar, se ha recogido un amplio abanico de infracciones graves y muy graves que deja poco espacio para que los hechos ilícitos de los que pudiera haber tomado conocimiento un militar en el entorno profesional queden fuera del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Eso sí, el militar podría informar, por ejemplo, de la comisión de cualesquiera hechos constitutivos de infracciones administrativas graves y muy graves de los que hubiera tomado conocimiento con ocasión de su relación o vinculación profesional que hubieran podido cometer los contratistas y subcontratistas del Ministerio de Defensa. También, como es lógico, de los hechos cometidos por otra persona, sea civil o militar, que hubiera conocido por razón de su vinculación profesional y que no se hallen tipificados en la ley disciplinaria.

En suma, como para realizar la puesta en conocimiento de las infracciones disciplinarias se establece una forma determinada (a través del parte militar), un modo concreto de actuación (directo e inmediato) y un cauce específico de uso obligatorio para los militares (conducto reglamentario), consideramos que debe excluirse, respecto al personal militar, la posibilidad de aplicación del ámbito material de protección previsto en la Ley 2/2023 cuando se refiera a las infracciones disciplinarias militares graves y muy graves.

En cuanto a la cuestión de si la comunicación sobre delitos militares efectuada por un militar se halla o no incluida en el ámbito material protector del informante, conviene recordar que, además de la reserva de ley orgánica en favor de las vigentes normas penales y procesales militares, lo cual implica su aplicación preferente, el artículo 134 de la Ley Orgánica Procesal Militar dispone de modo categórico que «el militar que presenciare o tuviere noticia de la perpetración de cualquier delito de competencia de la jurisdicción militar, está obligado a ponerlo en conocimiento, en el plazo más breve posible, del Juez Togado Militar, o del Fiscal Jurídico Militar, o de la Autoridad Militar que tuviere más inmediatos».

Del propio tenor del artículo citado parece desprenderse que la vía que el militar debe utilizar para la puesta en conocimiento de hechos delictivos competencia de la jurisdicción militar es la denuncia ante el juez togado

militar, el fiscal jurídico militar o la autoridad militar y no a través de los canales de la ley de protección del informante.

Por el contrario, cuando los hechos delictivos objeto de la información no sean competencia de la jurisdicción militar, creemos que el personal militar sí podría hacer uso de esos canales.

Aunque la comunicación de información a través de los canales internos y externos es una opción que se proporciona a cualquier ciudadano que no resulta por sí misma incompatible con la obligación de denunciar, cuando un militar pretenda denunciar hechos delictivos competencia de la jurisdicción militar debe utilizar el cauce establecido por el artículo 134 de la Ley Orgánica Procesal Militar puesto que el empleo de esos canales no resulta conciliable con el uso obligatorio del aludido cauce¹⁷.

Cierto es que si se hubieran excepcionado de la aplicación del ámbito material de la Ley 2/2023 los supuestos de comunicación de informaciones referidas a infracciones penales o administrativas graves o muy graves que cuentan con una regulación específica, como es el caso de los correlativos delitos e infracciones disciplinarias militares, podría haber producido inseguridad jurídica en el informante acerca de cuáles son esas materias cuya normativa específica permite excepcionar de la protección (Jericó, 2023: 15-16).

No obstante, consideramos que el hecho de que no se haya recogido en la ley la excepción consistente en la no aplicación de su ámbito material a las comunicaciones de delitos e infracciones disciplinarias militares realizadas por un militar contribuye a generar más inseguridad jurídica que si la excepción hubiera sido introducida.

2.2 Exclusión de la protección: la información clasificada y el deber militar de reserva

Con fundamento en lo establecido por el artículo 3.3.a de la Directiva (UE) 2019/1937 al expresar que lo dispuesto por aquella «no afectará a la aplicación del Derecho de la Unión o nacional relativo a: la protección de información clasificada», el legislador español se ha limitado a recoger en los apartados 4 y 5 de la Ley 2/2023 determinadas exclusiones de su aplicación por razón de la afectación de la información a materias que hayan sido clasificadas.

En efecto, esos apartados excluyen del ámbito material de aplicación de la ley, respectivamente, «las informaciones que afecten a la información clasificada [...]» y las «informaciones relativas a infracciones en la

¹⁷ *Op. cit.* p. 5. Véase: Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, p. 31.

tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados [...]».

Por lo que se refiere a las materias clasificadas, existe una obligación de reserva, contenida en el artículo 9.1 de la Ley de Secretos Oficiales, que alcanza a cualquier persona que haya llegado a acceder o conocer esas materias. Sin embargo, el personal militar tiene un deber específico de reserva, expresión del comportamiento leal que aquel ha de observar¹⁸, más reforzado que el del resto de los empleados públicos y que comprende tanto las materias clasificadas como aquellas otras relativas al servicio que, sin estar clasificadas, los militares hubieran podido conocer por razón de su cargo o función.

De este modo, el artículo 33 del Real Decreto 96/2009, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, dispone que el militar «guardará discreción sobre los asuntos relativos al servicio. Observará las disposiciones y medidas vigentes sobre materias clasificadas [...]», mientras que el artículo 21 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas¹⁹, precisa que:

«1. El militar está sujeto a la legislación general sobre secretos oficiales y materias clasificadas.

2. Guardará la debida discreción sobre hechos o datos no clasificados relativos al servicio de los que haya tenido conocimiento por su cargo o función, sin que pueda difundirlos por ningún medio ni hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros o en perjuicio del interés público, especialmente de las Fuerzas Armadas».

La vulneración del deber de reserva por parte del personal militar puede acarrear la imposición de la falta grave tipificada en el apartado 18 del artículo 7.18 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, aunque donde queda patente la mayor intensidad en la exigibilidad de este deber a los militares que al resto de los empleados públicos es en las consecuencias penales que lleva aparejado su quebrantamiento.

En efecto, el artículo 26 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar²⁰, que tipifica los delitos de revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales, se remite a

¹⁸ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2014 (FJ 2). ECLI:ES:TS:2014:2217.

¹⁹ BOE n.º 180, de 28/07/2011.

²⁰ BOE n.º 247, de 15 de octubre de 2015.

los correspondientes delitos previstos en el código penal común²¹. No obstante, especifica que el militar que los cometa será castigado «con la pena establecida en aquellos incrementada en un quinto de su límite máximo», en tanto que en situación de conflicto armado o estado de sitio «se impondrá la pena superior en uno o dos grados».

En este orden de cosas hemos de destacar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha vacilado a la hora de considerar que la obligación de guardar discreción por parte de los militares sobre materias clasificadas prevalece sobre la libertad de expresión de aquellos²².

Para delimitar adecuadamente hasta dónde se extiende la exclusión de la ley de protección del informante en su aplicación al personal militar se debe acudir tanto a las normas generales sobre materias clasificadas como, en particular, a la normativa de política de seguridad de la información del Ministerio de Defensa.

En cuanto a las normas de carácter general sobre materias clasificadas, resulta importante precisar que, en la Ley de Secretos Oficiales y en su Reglamento, aprobado mediante el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, solamente se consideran como materias clasificadas las correspondientes a las categorías de «secreto» o «reservado» en atención al grado de protección que requieran²³, por lo que estas materias están excluidas de la protección sin que se aluda a la existencia de ninguna otra materia clasificada más allá de las dos referenciadas.

Sin embargo, también ha de tenerse en cuenta que en la Orden Ministerial 76/2006, de 19 de mayo, por la que se aprueba la política de seguridad de la información del Ministerio de Defensa²⁴, aplicable en el ámbito de este departamento, se consideran «materias objeto de reserva interna» los «asuntos, actos documentos, informaciones, datos u objetos cuyo conoci-

²¹ Artículos 277 o 598 a 603 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE n.º 281 de 24 de noviembre. Debe precisarse que el artículo 598 del Código Penal restringe el ámbito de la información clasificada a aquella que lo sea en el grado de «secreto» o «reservado» por lo que, a efectos penales, que no administrativos, ello impediría una interpretación extensiva del concepto «materias clasificadas» a otras diferentes de las contempladas en la normativa general sobre secretos oficiales.

²² Véase: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de diciembre de 1992, caso Hadjianastassiou contra Grecia. [En línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22fulltext%22:%5B%22Hadjianastassiou%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-57779%22%22%7D>

²³ En el artículo 3 tanto de la Ley de Secretos Oficiales como de su Reglamento, BOE n.º 47, de 24 de febrero, se recogen exclusivamente como materias clasificadas las de «secreto» y «reservado».

²⁴ BOD n.º 103, de 29 de mayo.

miento por personas no autorizadas pudiera afectar a la seguridad del Ministerio de Defensa, amenazar sus intereses o dificultar el cumplimiento de su misión», clasificándose dichas materias según su grado de protección, y de mayor a menor, como «confidencial» y de «difusión limitada».

Por ello, a efectos de valorar qué materias estarían excluidas del ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023, puede predicarse que, como esta solo exige sin más especificación que las informaciones afecten a materias clasificadas, en la exclusión también quedan comprendidas las materias clasificadas en el ámbito del Ministerio de Defensa como «confidencial» y de «difusión limitada».

Idéntica conclusión puede extrapolarse respecto a las materias que tengan algún grado de clasificación en el seno de la OTAN, tal y como confirma la sentencia de la Sala Quinta de 16 de marzo de 2017 por la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por un capitán que se había procurado información clasificada por la OTAN y en la que se afirmó que «debe concluirse que la divulgación de documentos clasificados como “*NATO SECRET*”, equivalente a “*RESERVADO*” en la normativa nacional; su conocimiento o divulgación afecta a los intereses de España y a la Seguridad o Defensa Nacional»²⁵ (sic).

Así pues, también quedarían excluidas del ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023 las materias que tengan algún grado de clasificación OTAN, es decir, de más a menos elevado: *COSMIC Top Secret*; *NATO Secret*; *NATO Confidential* y *NATO Restricted*.

Ha de destacarse que respecto al propio contenido de las materias clasificadas se ha cuestionado el hecho de que cualquier divulgación quede excluida del ámbito material de protección porque los Principios Globales sobre Seguridad Nacional y el Derecho a la Información (Principios de Tshwane)²⁶ contemplan la protección frente a las sanciones que pudieran derivarse de la comunicación de información clasificada en determinados casos, como el de la evitación de la vulneración de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario (Fernández, 2023).

No obstante, la normativa general sobre secretos oficiales no recoge ninguna clase de excepción al deber de guardar secreto sobre las materias

²⁵ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2017 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2017:1007.

²⁶ Principios Globales sobre Seguridad Nacional y el Derecho a la Información (principios de Tshwane) [en línea] [Consulta: 12 julio 2023]. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Taller_Alto_Nivel_Paraguay_2018_documentos_referencia_Principios_Tshwane.pdf

clasificadas por muy graves que sean las conductas que pudieran haberse evitado si se hubiera revelado la información sobre tales materias.

Por ello, cuando se efectúa la divulgación de información clasificada y aunque tal información esté referida a graves ilegalidades o delitos, el personal militar no puede acogerse a la Ley 2/2023 para denunciar o revelar tales informaciones dado que sobre la protección al informante prevalece la salvaguarda de la defensa y seguridad del Estado, así como de los intereses, la seguridad y las funciones asignadas al Ministerio de Defensa²⁷.

Por otra parte, cabe efectuar similares consideraciones sobre la inaplicabilidad de la Ley 2/2023, en especial del deber de reserva, respecto al personal militar que participe en la gestión de los contratos del sector público declarados «secretos» o «reservados» por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público²⁸, la cual garantiza expresamente la aplicación de la Ley de Secretos Oficiales a estos contratos en su disposición adicional trigésima séptima.

Es más, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, el deber de reserva del militar lleva a excluir de la aplicación de las previsiones de protección del informante al personal militar que intervenga en la gestión contractual cuando divulgue o haga uso de información no clasificada de la que haya tenido conocimiento por razón de su cargo o función.

Además, la inaplicabilidad de la ley de protección del informante también puede sostenerse respecto a los contratos sometidos a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad²⁹. Esos contratos, más allá de su posible declaración expresa de «secreto» o «reservado», cuando se hallen sujetos a cualquier medida de seguridad especial llevan aparejado el cumplimiento de la normativa de política de seguridad de la información del Ministerio de Defensa tanto por

²⁷ El artículo 9.1 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, BOE n.º 276, de 18 de noviembre, establece que:

«El Ministerio de Defensa es el departamento de la Administración General del Estado al que corresponde la preparación, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa determinada por el Gobierno, la obtención y gestión de los recursos humanos y materiales para ello, así como la realización de cuantos cometidos sean necesarios para el cumplimiento de las misiones que se asignen a las Fuerzas Armadas, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley».

²⁸ BOE n.º 272, de 9 de noviembre.

²⁹ BOE n.º 184, de 2 de agosto de 2011.

todos los empleados públicos que intervengan en su gestión como por los licitadores, contratistas y subcontratistas³⁰.

3. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DE PROTECCIÓN.

3.1. ALUSIÓN A LA DISTINCIÓN TERMINOLÓGICA ENTRE «MILITAR DENUNCIANTE» Y «MILITAR INFORMANTE».

La Directiva 2019/1937 utiliza el término anglosajón *whistleblower* (literalmente, «el que usa el silbato para alertar») para hacer referencia a la «persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenidas en el contexto de sus actividades laborales»³¹. En español se ha traducido como «denunciante».

El legislador español, según se indica en el preámbulo de la Ley 2/2023, ha preferido el uso de la palabra «informante» en vez de «denunciante» o del término «alertador» (*lanceur d'alerte*), acogido en el ordenamiento jurídico francés³².

Pese a la declaración del uso preferente del vocablo «informante», basta con examinar el texto de la ley para constatar que, quizá por un descuido del legislador, en su artículo 4.1 este vocablo y la palabra «denunciante» se utilizan de manera indistinta³³.

Sin embargo, las nociones de «denunciante» e «informante» no son sinónimas, puesto que esta última constituye una especificación de la más amplia de «denunciante». Con carácter general, «denunciante» puede ser cualquier persona física, pero «informante» solo lo es la persona física que comunica una actividad ilícita que se comete en o por una organización, de la que forma o ha formado parte, y que ha tenido acceso a la información por su relación o vínculo con dicha organización (Villegas, 2022).

Desde la perspectiva del derecho penal militar, la figura del militar que interpone una denuncia, o «militar denunciante», presenta una sustancial diferencia con la del militar que comunica una información a través de los

³⁰ Véase, por ejemplo, los artículos 21, y 23.3, así como la disposición adicional quinta de la Ley 24/2011.

³¹ Artículo 5.7.

³² Por eso, por ejemplo, se ha acogido el término «alertador» o *lanceur d'alerte* (en francés), en la Ley 2022-401 de 21 de marzo, *visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte*. Diario Oficial de la República Francesa n.º 0068, de 22 de marzo.

³³ Ese artículo señala que «el sistema interno de información es el cauce preferente para informar [...] si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia».

canales establecidos en la Ley 2/2023, o «militar informante», mención esta última que utilizaremos a lo largo de este trabajo en varias ocasiones.

En efecto, el «militar denunciante» tiene la obligación legal de constituirse en denunciante y presentar denuncia cuando presencie o tome conocimiento de la comisión de un delito competencia de la jurisdicción militar, tal y como se deduce de los propios términos del artículo 134 de la Ley Orgánica Procesal Militar, en tanto que al «militar informante» no le incumbe dicha obligación.

Consecuentemente, el incumplimiento de la obligación de denunciar por el militar encuentra su correlativo reproche penal en el artículo 80 del Código Penal Militar, pudiendo llegar a imponérsele una pena de entre tres meses y un día a un año de prisión.

En este punto, ha de ponerse de relieve que la obligación de denunciar la comisión de delitos por parte del resto de los empleados públicos no tiene parangón con el régimen establecido para los militares al no anudarse a su incumplimiento ninguna consecuencia disuasoria efectiva, tal y como se evidencia del contenido del artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁴, en el que se prevé la imposición de la insignificante multa de 25 a 250 pesetas a quien incumpla la obligación de denunciar (García-Moreno, 2022: 30).

Además, la denuncia como modo de inicio de los procedimientos judiciales militares ha de revestir una serie de formalidades, en función de si se formula por escrito o de manera oral, que no resultan exigibles respecto a la comunicación de las informaciones reguladas en la Ley 2/2023.

De este modo, si el «militar denunciante» formula la denuncia por escrito, el artículo 137 de la Ley Orgánica Procesal Militar precisa que «[...] la autoridad o funcionario que la reciba se cerciorará de la identidad del que la presente, y rubricará y sellará, en presencia del denunciante, todos los folios en que se contenga». Sin embargo, si la presenta de manera oral, el artículo 138 dispone que «[...] en ella se expresará la identidad del que la formula, cuantas noticias tenga el denunciante sobre el hecho y sus autores, firmándola con el que la recibe. Si no pudiese o no supiese firmar, lo hará otro a su ruego, haciéndolo constar así el secretario relator».

³⁴ El artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, publicada en la *Gaceta de Madrid* n.º 260, de 17 de septiembre de 1882, dispone que: «el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas».

De estos artículos puede deducirse que el «militar denunciante» tiene la obligación legal de identificarse³⁵, mientras que al «militar informante» no le es exigible tal obligación.

Por lo que se refiere a la comunicación de informaciones sobre la comisión de infracciones disciplinarias militares, el artículo 42 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas impone una serie de obligaciones formales al militar que emita el correspondiente parte disciplinario y, de este modo, se indica que este último «[...] estará firmado por quien lo emita, que deberá hacer constar los datos necesarios para su identificación». Por el contrario, el «militar informante» no estaría obligado a cumplir las aludidas formalidades de identificación y firma.

El hecho de que el legislador español haya empleado el término «informante», según nuestra opinión, merece una valoración positiva porque se ajusta mejor a los contornos trazados por la ley para esta figura a la par que contribuye a evitar posibles confusiones terminológicas (Pajaró, 2022: 50).

3.2. LA NECESIDAD DE CONCRECIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO RESPECTO AL PERSONAL MILITAR

La definición del ámbito personal de aplicación efectuada por la Ley 2/2023 se caracteriza por su amplitud, de ahí que resulte necesario tratar de concretar qué categorías de personal militar quedan comprendidas dentro de dicho ámbito y cuáles otras no tienen cabida en él.

Respecto a los informantes que prestan sus servicios en el sector público y que tienen la condición de empleados públicos, la ley requiere que la información sobre las infracciones se haya obtenido en un contexto profesional y, además, durante la vigencia de la relación o vínculo profesional³⁶.

Teniendo en cuenta esta premisa y según se desprende de las previsiones contenidas en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar³⁷, pueden entenderse incluidos en el ámbito personal de aplicación de la ley de protección del informante los militares que mantienen una relación o vinculación profesional con el Ministerio de Defensa que todavía no ha finalizado y, concretamente, los incluidos en alguna de las siguientes categorías:

³⁵ Idéntica obligación se contempla en los artículos 266 y 267 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el caso de que la denuncia se realice, respectivamente, por escrito o en forma verbal.

³⁶ Apartados 1 y 2 del artículo 3.

³⁷ BOE n.º 278, de 20 de noviembre.

- Militares profesionales.
- Reservistas voluntarios cuando estén incorporados a las Fuerzas Armadas.
- Personal que tenga asimilación o consideración militar de conformidad con la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio³⁸.

Hay que matizar que, en la locución «militares profesionales», se hallan encuadrados los militares de carrera, que mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente, así como los de complemento y los de tropa y marinería, que tienen una relación de carácter temporal³⁹ mientras esté en vigor su vínculo o compromiso profesional.

A todas las categorías incluidas en la citada mención les resultan aplicables las leyes penales y disciplinarias militares mientras se encuentren en la situación administrativa de servicio activo, por lo que debe tenerse en cuenta respecto a los militares de carrera que, según el artículo 107.4.f de la Ley 39/2007, cuando pasen a las situaciones administrativas de reserva, suspensión de empleo y suspensión de funciones les siguen siendo de aplicación esas leyes.

Además, los reservistas voluntarios también han de entenderse incluidos en el ámbito protector de la Ley 2/2023, pues siempre que estén activados tienen la condición militar y, en esta situación, como precisa el artículo 132.1 de la Ley 39/2007, han de observar las reglas de comportamiento del militar, por lo que están sujetos a las leyes penales y disciplinarias militares.

Cabe añadir que la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, recoge la posibilidad de movilización o militarización de determinados colectivos civiles⁴⁰, si bien no hay ninguna normativa que detalle cómo ha de materializarse esa posibilidad.

Ha de traerse a colación que el artículo 8.5 del Código Penal Militar considera como militares, a los efectos de su aplicación, a «los que con cualquier asimilación militar presten servicios al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno», previsión que podría servir como argumento, al menos a efectos dialécticos, para sostener que el personal movilizado o militarizado sí estaría comprendido en el ámbito subjetivo de la Ley 2/2023.

³⁸ BOE n.º 134, de 5 de junio de 1981.

³⁹ Artículo 3, de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

⁴⁰ Artículo 12.2.

Sin embargo, la inclusión del personal movilizado o militarizado en el ámbito personal de aplicación de la ley puede resultar discutible en base a lo establecido por el artículo 117.5 de la Constitución, que precisa que será la ley la que regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio. Pese a lo manifestado por este artículo, ha de significarse que, en el año 2010, se declaró la militarización de los controladores aéreos para tratar de atajar la denominada «crisis de los controladores aéreos» mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo⁴¹.

Asimismo, según dispone el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 2/2023, se hallan comprendidos dentro de su ámbito subjetivo los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones una vez que su relación laboral o estatutaria ya ha finalizado, o cuando aún no ha comenzado, y menciona expresamente las siguientes categorías de personal:

«[...] voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así como a aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección [...]».

La alusión legal a determinadas clases de personal como los becarios y los trabajadores en periodos de formación no se adapta a ninguna de las categorías recogidas en las leyes militares reguladoras del personal, por lo que se da la circunstancia de que encuentran mejor acomodo en otros ámbitos del sector público distintos del militar o en el sector privado.

Sin embargo, teniendo en cuenta la vocación omnicomprendiva de la Ley 2/2023, deberían de considerarse también incluidos dentro de su ámbito subjetivo de aplicación los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar, los cuales, según dispone el artículo 67 de la Ley 39/2007, quedan sujetos a las leyes penales y disciplinarias militares. Por otra parte, también están incluidas aquellas personas cuya relación estatutaria o profesional con el Ministerio de Defensa todavía no haya co-

⁴¹ BOE n.º 295, de 4 de diciembre de 2010. Véase el artículo 3 del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

menzado cuando la información se hubiera obtenido durante el proceso de selección.

Del mismo modo, las medidas de protección al informante recogidas en la Ley 2/2023 se extienden a las personas físicas, sean o no militares, que, en el ámbito del Ministerio de Defensa, asistan al «militar informante» en el proceso, y a las relacionadas con aquel que puedan sufrir represalias.

Por último, por lo que se refiere a la cuestión de si el «militar informante» de hechos constitutivos de infracción en cuya comisión haya participado está o no comprendido en el ámbito personal de aplicación de la Ley 2/2023, parece que cabría sostener que aquel también puede beneficiarse de las medidas protectoras⁴² dado que, aunque dicha posibilidad no se contempla en la ley, tampoco aparece excluida expresamente de la protección⁴³.

Además, no hay que olvidar que la ley de protección del informante admite la posibilidad de que el que hubiera participado en la comisión de una infracción administrativa quede exonerado del cumplimiento de la sanción correspondiente. Incluso, cuando en aquel no concurren los requisitos para eximir de responsabilidad, queda a criterio de la autoridad correspondiente la posible atenuación de la sanción siempre que no hubiese sido sancionado con anterioridad por hechos de la misma naturaleza⁴⁴.

4. CUESTIONES RELATIVAS A LA TRAMITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ANÓNIMAS SOBRE DELITOS Y FALTAS MILITARES

Una de las cuestiones más controvertidas de la Ley 2/2023 es la de que se admite que el informante efectúe una comunicación anónima, contemplada en los artículos 7.3 y 17.1, dado que el anonimato se configura como una pieza clave para la protección del informante⁴⁵, pero también

⁴² Al «militar informante» de hechos constitutivos de infracción en cuya comisión haya participado le serían aplicables las medidas de apoyo y la protección frente a represalias recogidas, respectivamente, en los artículos 37 y 38 de la Ley 2/2023.

⁴³ Véase: artículo 35.2 de la Ley 2/2023.

⁴⁴ Véase: apartados 1 y 2 del artículo 40.

⁴⁵ Hay que recordar que el artículo 24.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE n.º 294, de 6 de diciembre, contempla la posibilidad de que los sistemas de información admitan la comunicación de información de forma anónima en una entidad de derecho privado de actos que pudieran resultar contrarios a la normativa.

puede servir como medio de ocultación cuando se emiten informaciones inveraces o maliciosas.

Las cautelas que rodean a las comunicaciones anónimas por su posible falta de verosimilitud fueron puestas de relieve en el dictamen emitido por el Consejo de Estado durante la tramitación del anteproyecto de la ley, en el que incluso se sugirió el carácter excepcional que debería otorgarse a aquellas⁴⁶.

Para poder valorar de forma adecuada la procedencia de la admisión o inadmisión de una comunicación anónima deberán realizarse las actuaciones de investigación que se consideren oportunas para comprobar la exactitud de su contenido (Aliaga, 2022: 67).

Tal y como se desprende de lo señalado por la Fiscalía General del Estado en las circulares 4/2013, de 30 de diciembre, sobre diligencias de investigación, y 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal, la denuncia anónima debe admitirse aunque no cumpla todos los requisitos formales exigidos legalmente para las denuncias si resulta que, en ella, se están poniendo de manifiesto hechos constitutivos de delitos perseguibles de oficio con visos de verosimilitud⁴⁷.

Aunque la dificultad que existe para contrastar la veracidad de las comunicaciones anónimas y para obtener información adicional sobre los hechos representa uno de los aspectos más problemáticos de su admisión, este no es, desde luego, el único.

De este modo, el desconocimiento de la identidad del informante anónimo, además de hacer imposible comunicarle los distintos trámites que se vayan realizando⁴⁸, también impide que se puedan garantizar adecuadamente los derechos que la Ley 2/2023 reconoce al informante al no poder efectuarse el envío del acuse de recibo de la comunicación o resultar imposible que el mismo dé respuesta a las actividades de investigación (Recio, 2023).

⁴⁶ [Consulta: 17 julio 2023], p. 32. El dictamen del Consejo de estado se encuentra disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documentos/Dictamen%20Consejo%20Estado%20PL%20Informantes.pdf>

⁴⁷ [Consulta: 19 julio 2023], pp. 4-5. La Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado se encuentra disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FISC-2013-00004.pdf

[Consulta: 19 julio 2023], pp. 15-16. La Circular 2/2022 de la Fiscalía General del Estado se encuentra disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2023/01/02/pdfs/BOE-A-2023-54.pdf>

⁴⁸ Como, por ejemplo, de las comunicaciones de inadmisión o admisión a trámite de la información recibida (artículo 18 apartados a y b, respectivamente), o de la comunicación al informante de la decisión sobre la terminación de actuaciones (artículo 20.3).

Conviene matizar que no debe confundirse la confidencialidad con el anonimato, dado que el derecho a la preservación de la confidencialidad de la identidad establecido por la ley⁴⁹ no solo protege al informante, sino también a las personas afectadas y a los terceros que se mencionen en la información suministrada, lo que asegura que los datos personales no puedan llegar a ser conocidos por personas ajenas al procedimiento de gestión de las comunicaciones, salvo la autoridad judicial, el fiscal o la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora⁵⁰.

Sin embargo, el anonimato implica que el informante decide no facilitar su identidad al presentar la comunicación, de modo que los sistemas internos y externos, así como quienes reciban revelaciones públicas, no deben obtener datos que permitan su identificación⁵¹, por lo que el informante se mantiene en el anonimato hasta que decida revelar su identidad de manera voluntaria.

Si centramos nuestro análisis en determinados aspectos controvertidos que pueden presentar las comunicaciones anónimas sobre delitos y faltas disciplinarias militares, ha de significarse que resulta evidente que, si se presenta una comunicación de forma anónima, no puede saberse *a priori* si el informante ostenta o no la condición militar. De ahí que el anonimato podría servir para amparar el incumplimiento de las obligaciones del militar consistentes en dar parte por la comisión de hechos que observe, o de los que tenga conocimiento, que revistan los caracteres de falta disciplinaria y de denunciar la comisión de delitos militares, así como también de identificarse y de seguir el conducto reglamentario.

Sin embargo, creemos que el interés público en la prevención, detección y sanción de las infracciones disciplinarias y los delitos militares debe llevar a la admisión de la tramitación de las comunicaciones anónimas que versen sobre estas infracciones y delitos, pues no hay mayor quebranto de la disciplina militar que dejar de investigar y perseguir comportamientos irregulares o corruptos.

Comoquiera que la identidad de la persona que realiza una comunicación anónima es desconocida, nos parece que, una vez confirmada su verosimilitud y tanto si los hechos objeto de la información son constitutivos de faltas o delitos militares como comunes, debería admitirse.

⁴⁹ El deber de garantizar la confidencialidad de la identidad del informante se plasma en los artículos 5.2.b y 33, y en el apartado 1 de este último artículo se configura como un derecho del informante y del que realiza una revelación pública de información.

⁵⁰ Véase: artículo 33.3.

⁵¹ Véase: artículo 33.2.

Por otro lado, puede darse el caso de una comunicación anónima en la que se dé cuenta de unos hechos que pueden ser constitutivos de infracciones tipificadas como infracción en las leyes penales y disciplinarias militares y, de manera simultánea, de otros hechos que pueden integrar faltas administrativas o delitos comunes.

Con el fin de evitar llegar a conclusiones absurdas, en este caso nos parece que la postura más razonable sería que se admitiera la comunicación anónima si esta es verosímil dada la prevalencia del interés público en corregir el conjunto de las infracciones comunicadas de forma anónima, tanto militares como comunes, en lugar de su inadmisión basada en el hipotético reproche que pudiera efectuarse al comunicante anónimo si este fuera militar.

También puede plantearse el supuesto de que se presenten comunicaciones anónimas con una intención maliciosa de modo que, tras el anonimato, se oculte el ánimo espurio de imputar a un determinado personal militar la posible comisión de infracciones penales o administrativas de naturaleza común. Para tratar de evitar en lo posible esta perniciosa situación pensamos que resulta necesario que, cuando se formule una comunicación anónima y exista la sospecha de que puede traer causa de fines ilegítimos, se realice siempre una mínima investigación para tratar de confirmar la credibilidad y la veracidad de los hechos irregulares comunicados.

En cuanto a la valoración de la comunicación anónima en el eventual procedimiento administrativo sancionador posterior, cabe significar que tanto esa comunicación como las necesarias actividades de investigación realizadas para comprobar su veracidad integran una «información previa», de manera que, si llegara a incoarse un procedimiento sancionador, su inicio, que debe acordarse de oficio, traería causa de la «información previa» practicada y no de la comunicación anónima (Garrido, 2022: 176).

Así parece colegirse de la mera lectura del artículo 62 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁵² cuando señala que «se entiende por denuncia, el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo» en relación con el artículo 63 de la misma ley, que establece que «los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente».

⁵² BOE n.º 236, de 2 de octubre de 2015.

El propio legislador parece decantarse por la consideración de que tanto la comunicación anónima como las actuaciones de investigación para esclarecer si el contenido de aquella es o no veraz constituyen una «información previa» anterior al acuerdo de inicio del correspondiente procedimiento sancionador.

En efecto, el preámbulo de la Ley 2/2023 pone como ejemplo de comunicación anónima existente en nuestro ordenamiento jurídico antes de la aprobación de esa ley la denominada «información reservada» contemplada en el artículo 39 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil⁵³, que dispone que «con anterioridad al acuerdo de inicio, la Autoridad disciplinaria podrá ordenar la práctica de una información reservada para el esclarecimiento de los hechos, la determinación de sus presuntos responsables y la procedencia de iniciar o no el procedimiento sancionador».

Ahora bien, hay que tener en cuenta que las actuaciones practicadas en el seno de una «información reservada» no pueden servir como prueba de cargo en el ulterior procedimiento administrativo sancionador si no son ratificadas y sometidas a contradicción en el marco de dicho procedimiento, tal y como precisa la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2023⁵⁴ al expresar que:

«Por otra parte, se considera que, tal y como se viene estableciendo por esta sala, la opinión del instructor de la información reservada para establecer que de lo actuado podría derivarse responsabilidad disciplinaria, no se puede considerar ni servir como como medio de prueba para fundamentar la resolución sancionadora resultante del procedimiento sancionador derivado de la información reservada [...] sino que es necesario que esas manifestaciones se reproduzcan y ratifiquen en el ámbito del procedimiento sancionador, facilitando al incurso en el mismo el poder asistir a su práctica y someterlas a contradicción [...]».

De lo expuesto puede concluirse que la comunicación anónima y las actuaciones de investigación a las que se refieren los artículos 9.2.d.f, 17.4, 19.4, y 21, apartados 3.º y 8.º, de la Ley 2/2023 conforman una «información previa» tramitada en el procedimiento de gestión de la comunicación, que por sí misma no tiene ningún valor probatorio, pero que puede llegar

⁵³ BOE n.º 254, de 23 de octubre.

⁵⁴ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2023 (FJ 1), ECLI:ES:TS:2023:2000.

a constituirse en medio de prueba si es confirmada en el procedimiento sancionador que, posteriormente, pudiera llegar a iniciarse.

Por otro lado, desde la perspectiva del proceso penal cabe añadir que, como han puesto de manifiesto diversos pronunciamientos jurisprudenciales⁵⁵, la denuncia anónima puede tener validez como *notitia criminis*, aunque, con arreglo a la doctrina constitucional, no puede considerarse suficiente para restringir un derecho fundamental⁵⁶ como, por ejemplo, el derecho a la defensa del afectado por la información, que podría verse comprometido si aquel desconoce la identidad de quien le atribuye la comisión de un delito.

La denuncia anónima puede tener virtualidad para servir como fuente de información sobre los hechos y dar lugar a una investigación atendiendo a su gravedad, a la verosimilitud de la información y a la proporcionalidad entre el perjuicio que se puede causar y la entidad de lo que se puede llegar a descubrir, tal y como ha reconocido la Sala Quinta del Tribunal Supremo en la ilustrativa sentencia de 7 de mayo de 2021⁵⁷ al expresar que:

«[...] la denuncia anónima puede servir como fuente de información y dar lugar a la investigación de los hechos denunciados si así se considera conveniente por razón de la gravedad de los mismos, la verosimilitud de la información y la proporcionalidad entre el perjuicio que se puede causar y lo que se puede llegar a descubrir [...]».

De este modo, puede concluirse que la denuncia anónima no constituye un medio de prueba, pero sí un instrumento válido de investigación para que se abra la misma sin necesidad de que se identifique a quién denuncia (Magro, 2023).

Respecto a la problemática comparecencia al proceso penal en calidad de testigo de quien hubiera realizado una denuncia anónima cabe realizar dos precisiones. Por un lado, que la declaración efectuada por un testigo anónimo no podría ser considerada nunca como prueba de cargo porque ello quebrantaría el derecho a la defensa del afectado al desconocer este la identidad del testigo y la procedencia de la comunicación anónima, lo que además percutiría los principios procesales de contradicción e inme-

⁵⁵ Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2013:1825; y de 6 de febrero de 2020 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2020:272.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de octubre de 2003 (FJ 11), ECLI:ES:TC:2003:184.

⁵⁷ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2021 (FJ 4), ECLI:ES:TS:2021:1599.

diación⁵⁸. Por otro, que en aras de garantizar la seguridad del denunciante anónimo y conforme a lo dispuesto por la Ley 2/2023, debería mantenerse la confidencialidad de su identidad en todo momento para evitar posibles represalias⁵⁹.

Para tratar de garantizar la protección del denunciante anónimo y no perjudicar el derecho a la defensa de la persona afectada en el proceso penal, estimamos que, de *lege ferenda*, podría plantearse una modificación de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, en el mismo sentido que el contenido en el artículo 528.1 del anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal⁶⁰.

De ese modo, en el ámbito militar podría preverse que, cuando la noticia de la comisión de un delito competencia de la jurisdicción militar la hubiese comunicado una persona de forma anónima a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades pudiera realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad de dicha persona, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo.

5. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL «MILITAR INFORMANTE»: EN EL PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN DE INFORMACIONES Y EN LOS POSTERIORES PROCEDIMIENTOS SANCIONADOR Y PENAL

El Ministerio de Defensa ha implantado un sistema interno de información que cuenta con un responsable del sistema y en el que se integra el canal interno de información accesible desde la página web del departamento⁶¹.

⁵⁸ Entre muchas otras sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo afirmando la necesidad de que las pruebas de cargo deben someterse a los principios procesales de oralidad, intermediación y contradicción se puede citar por todas, la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2023 (FJ 4). ECLI:ES:TS:2023:2769.

⁵⁹ Véase: artículos 5.2.b; 6.2; 9.2.g y 26.1.

⁶⁰ El artículo 528.6 del anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal dispone que: «Cuando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo». [Consulta 17 de julio de 2023]. Este anteproyecto se encuentra disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>

⁶¹ [Consulta: 15 julio 2023]. Disponible en: <https://www.defensa.gob.es/ministerio/canal-interno/>

La comunicación de información por el «militar informante» —bien a través del canal interno de información establecido por el Ministerio de Defensa o bien, a su elección, mediante alguno de los canales externos de información— de infracciones comprendidas en el ámbito de la Ley 2/2023 supone la puesta en marcha del procedimiento de gestión de informaciones.

En primer lugar, merece cierta reflexión la determinación de cuál ha de ser la posición jurídica del militar en el marco del procedimiento de gestión de informaciones, así como, en segundo término, en el posible procedimiento ulterior, sancionador o penal, que pudiera llegar a iniciarse.

Con carácter previo al análisis de estas cuestiones, debemos puntualizar que la opción de utilizar el canal interno o externo que se da en la Ley 2/2023 a la persona que comunica informaciones no se compadece con la declaración de que el canal interno es el cauce preferente para informar⁶², dado que esta preferencia no tiene ninguna relevancia en el acceso al régimen de protección otorgado por la ley y queda sumamente relativizada (Rey, 2023: 16-17). Ello queda patente en el caso de la revelación pública puesto que, tanto si esta se realiza a la prensa como si se comunica la información a través de cualquiera de los canales, interno o externo, el informante goza de la misma protección⁶³.

En primer lugar, por lo que se refiere a la posición jurídica del «militar informante» en el procedimiento de gestión de informaciones, estimamos que no tiene la condición de interesado porque no ostenta mayor interés en el procedimiento que la defensa de la legalidad o el interés público, en abstracto⁶⁴. Así parece corroborarlo el artículo 20.5 de la ley de protección del informante cuando indica que «la presentación de una comunicación por el informante no le confiere, por sí sola, la condición de interesado».

En consecuencia, consideramos que el «militar informante» carece de legitimación activa para recurrir la inacción o la decisión que pudiera adoptar el responsable del canal respecto a la continuación o no de la tramitación de las informaciones.

El calificado legalmente como procedimiento de gestión de informaciones, al menos en el sistema interno de información, no es otra cosa que un mero conjunto de pautas cuya concreción dentro del contenido mínimo prefijado por la ley depende de cada entidad obligada a instaurar ese siste-

⁶² Artículo 4.1.

⁶³ Artículo 28.

⁶⁴ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2016 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2016:4302.

ma, lo que puede crear riesgos e incertidumbres en su aplicación (Miranzo, 2023). Además, su principal finalidad es que los gestores del canal y los informantes conozcan los trámites que va a seguir la comunicación una vez recibida⁶⁵.

Las actuaciones practicadas y las investigaciones que pudieran realizarse con el fin de confirmar la veracidad de lo denunciado constituyen una «información previa» que culminará bien con la decisión de no tramitar y archivar la comunicación, o bien con su remisión al fiscal o a la autoridad competente. No obstante, en el caso de que los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito, el artículo 9.2.j de la ley de protección del informante obliga a remitir la información con «carácter inmediato» a la Fiscalía, es decir, parece que *ipso facto*, sin que se contemple de manera expresa el deber previo de investigarlos (Viguri, 2023: 282-283).

El sentido restrictivo respecto a la falta de legitimación del «militar informante» antes del hipotético inicio de un procedimiento sancionador posterior puede deducirse de la doctrina recogida en la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2022⁶⁶, en la cual se declaró sin ambages que, en el caso concreto enjuiciado, el promotor del parte disciplinario no tenía la condición de parte en el procedimiento sancionador —que al final no llegó a incoarse— y, por consiguiente, no estaba legitimado para recurrir la decisión de no incoación de dicho procedimiento, precisando que su derecho se limitaba a que se le comunicara la decisión que se adoptó:

«[...] al no ostentar el promotor de los partes disciplinarios la condición de parte en el procedimiento que, en su caso, se hubiese podido incoar y limitarse su participación a poner en conocimiento de la autoridad competente los hechos que considera constitutivos de infracción disciplinaria y a que se le comunique la resolución adoptada al respecto [...]».

El propio legislador parece atribuir a la decisión de no tramitar de la comunicación de información el valor de un mero acto de trámite no cualificado al disponer, en el artículo 20.4 de la Ley, respecto a las decisiones

⁶⁵ En particular, el procedimiento de gestión de informaciones implantado por el Ministerio de Defensa se encuentra disponible en: <https://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/canal-informacion/20230608-PROCEDIMIENTO-SISTEMA-INTERNO.pdf>

⁶⁶ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2022 (FJ 1). ECLI:ES:TS:2022:515.

adoptadas por la Autoridad Independiente de Protección al Informante, que «no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa». Sin embargo, hemos de reconocer que esta prohibición de recurso no resulta ni mucho menos pacífica y, desde luego, puede ser discutible desde el punto de vista de su adecuación tanto al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 del texto constitucional, como al control judicial de la actuación administrativa recogido en su artículo 106.1 (Carbajo, 2023; Lozano, 2023).

A la misma conclusión de que no es recurrible la decisión de no tramitar una comunicación puede llegarse, aunque legalmente no se establezca una previsión similar, respecto a las decisiones adoptadas por el «responsable del sistema» en el ámbito del sistema interno de información, dado que el artículo 13.5 de la ley, que se encuadra en el capítulo III («sistema interno de información en el sector público») de su título II («sistema interno de información»), se refiere, con una redacción confusa, a que no son recurribles en vía administrativa ni contencioso-administrativa las decisiones adoptadas por los «organismos públicos con funciones de investigación», pero sin que se haya hecho referencia expresa a si son recurribles o no las decisiones del responsable de ese sistema.

Sin embargo, algún autor se muestra favorable a la admisión de la legitimación del informante durante el procedimiento de gestión de las comunicaciones al considerar que ostenta un interés en que la Administración competente realice las correspondientes investigaciones y, en su caso, incoe los correspondientes procedimientos sancionadores e imponga las pertinentes sanciones para que el sujeto que ha comunicado los hechos no sufra represalias mientras que los infractores puedan llegar a quedar indemnes (Tardío, 2022: 2).

En segundo lugar, en cuanto a la posición jurídica del «militar informante» en el posterior procedimiento sancionador que pudiera incoarse como consecuencia de la comunicación efectuada, consideramos que difícilmente va a poder constituirse en parte y recurrir en vía contencioso-administrativa la resolución finalizadora del procedimiento sancionador, aunque no sería descartable si, en el caso concreto de que se trate, demuestra tener un interés legítimo.

Cabe añadir que, según criterio jurisprudencial, se ostenta un interés legítimo si la resolución que se adopte tiene un efecto positivo presente, y no futuro o hipotético, en la esfera jurídica de la persona y no se reduce a un simple interés por la legalidad, o elimina una carga o gravamen. Por ello, se da la circunstancia de que la mera satisfacción por la imposición de

una sanción o por la ostentación de un interés moral no se considera como interés legítimo⁶⁷.

Cuestión diferente se plantea con la posición del «militar informante» en el proceso penal pues, cuando aquel se haya identificado previamente, parece que podría encajar en la categoría procesal de testigo, entendido este como la persona ajena a los sujetos del proceso que posee conocimiento de los hechos enjuiciados⁶⁸, por lo que quedaría sometido a las normas reguladoras del estatuto de los testigos⁶⁹.

6 LA REVELACIÓN PÚBLICA DE INFORMACIÓN POR EL MILITAR: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ORGANIZACIÓN MILITAR COMO FACTORES DE PONDERACIÓN

Además de los canales internos y externos, el círculo de las posibles vías para comunicar informaciones sobre infracciones del ordenamiento establecido en la Ley 2/2023 se cierra con la revelación pública de la información, entendiéndose por tal, según su artículo 27, «la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones en los términos previstos por esta ley».

Para que la persona que efectúe una revelación pública pueda acogerse a sus medidas protectoras consistentes, fundamentalmente, en la prohibición de represalias, en la exención de responsabilidad por la revelación y en una serie de líneas de apoyo (asesoramiento, asistencia, y ayuda financiera), tienen que concurrir las condiciones de protección reguladas en el título VII («medidas de protección»)⁷⁰, así como alguna de las dos siguientes:

Por un lado, que primero haya realizado la comunicación por canales internos y externos, o directamente por canales externos, sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido.

Por otro, que tenga motivos razonables para pensar que la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés públi-

⁶⁷ Véase: sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2017 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2017:2442, que cita otras muchas.

⁶⁸ Artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁶⁹ Entre otras, las contenidas en los artículos 167 a 180 de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, y en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, BOE n.º 307, de 24 de diciembre.

⁷⁰ Véase: artículos 35 a 41.

co⁷¹, o existe un riesgo de daños irreversibles; o que, en caso de comunicación a través del canal externo de información, exista riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso.

Estas condiciones no son exigibles en el caso de que la persona haya revelado información directamente a la prensa en ejercicio de la libertad de expresión⁷².

La revelación pública de informaciones sobre infracciones del ordenamiento se halla vinculada al derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido con carácter general tanto en nuestro derecho de origen interno, en el artículo 20.1.a de la Constitución, como en el ámbito internacional, en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950⁷³.

En ese convenio se contemplan como posibles restricciones a la libertad de expresión, entre otras, las previstas por la ley que «constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática», las derivadas de la «seguridad nacional», «la protección de la reputación o de los derechos ajenos» y las que pudieran adoptarse para «impedir la divulgación de informaciones confidenciales»⁷⁴.

Parece claro que el derecho a la libertad de expresión no tiene un carácter absoluto e incondicionado, sino que presenta unos límites generales contenidos en el artículo 20.4 de la Constitución que resultan aplicables a cualquier persona, entre ellos, los derivados del respeto a los derechos al honor y a la intimidad⁷⁵ (Ragués, 2015: 30).

A estos límites han de añadirse otros específicos aplicables al personal militar en atención a las características de profunda jerarquización, disci-

⁷¹ Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de protección al denunciante, plasmada en la sentencia de la Gran Sala de 14 de febrero de 2023, emitida en el caso *Halet contra Luxemburgo*, *Luxleaks* (párrafos 131-144), el interés público en obtener la información debe ser superior al daño que la divulgación podría causar. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-223259>

⁷² Véase: artículo 28.

⁷³ El convenio, enmendado por los protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 respectivamente, fue ratificado por España mediante instrumento depositado el 4 de octubre de 1979. BOE n.º 243, de 10 de octubre.

⁷⁴ Apartado 2 del artículo 10 del Convenio.

⁷⁵ El apartado 4 del artículo 20 de la Constitución señala que: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

plina y unidad que resultan indispensables a la organización militar para poder cumplir sus fines.

En efecto, los motivos específicos que pueden justificar la restricción de la libertad de expresión a los militares se hallan contenidos en la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y se han ido perfilando a través de distintos pronunciamientos jurisdiccionales y de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional.

En el plano normativo, no podemos dejar de recordar que el artículo 12 de esta ley orgánica determina que:

«1. El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas, las instituciones y los poderes públicos [...].

3. En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina».

Por lo que se refiere a los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la materia, la Sala Quinta del Tribunal Supremo, con fundamento en la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁶, sostiene que el derecho fundamental a la libertad de expresión puede ser limitado a los militares allí donde pueda tener lugar una amenaza real para la disciplina y la cohesión interna de las Fuerzas Armadas⁷⁷.

Existe una profusa jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, sintetizada en la sentencia de 30 de mayo de 2023, que trae a colación muchas otras sentencias de la misma sala sobre los límites de la libertad de expresión en el ámbito castrense. En esta sentencia se declaró que, junto con los límites expresos establecidos por la Constitución o los que puedan fijarse por ley, cabe el establecimiento de límites todavía más precisos. Además, se añadió que las manifestaciones pretendidamente críticas con la institución militar «han de considerarse protegidas por el artículo 10 del

⁷⁶ Véase: sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57479%22%5D%7D> (en inglés); y Grigoriades contra Grecia, de 25 de noviembre de 1997, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58116%22%5D%7D>

⁷⁷ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 20 julio de 2022 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2022:2893.

Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando presenten un insignificante impacto objetivo sobre la disciplina militar»⁷⁸.

Ha de tenerse en cuenta que, como expresa con claridad meridiana la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2019, las libertades del artículo 20.1.a de la Constitución no protegen «los simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones injuriosas o innecesarias a la hora de emitir cualquier crítica, opinión o idea, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad de ofendido»⁷⁹.

Respecto a la cuestión de si los límites a la libertad de expresión de los militares son aplicables en actos ajenos al servicio o en los que se actúa en condición distinta a la militar, la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021 parece decantarse por el mantenimiento de los límites en todo momento al expresar que «[n]o cabe, pues escindir la personalidad de quien posee la condición militar, so pretexto de actuar en esfera distinta de la castrense»⁸⁰.

No obstante, en este punto la sentencia de 8 de noviembre de 2022, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha flexibilizado la aplicación de los límites del derecho a la libertad de expresión de los militares en ciertos ámbitos, como el del caso enjuiciado, consistente en un debate de carácter académico en un medio de comunicación en el cual uno de los participantes ostentaba la doble condición de militar y profesor de Derecho Constitucional. En este asunto, el tribunal entendió que, entre otras, la calificación de los orígenes de la Constitución española como «espurios y bastardos» hecha por el militar y vertida en el contexto del debate académico quedaba amparada por el derecho a la libertad de expresión⁸¹.

Por otra parte, en la doctrina del Tribunal Constitucional también se acoge la posible limitación del derecho a la libertad de expresión de los militares de una manera más estricta que para el resto de los ciudadanos, tal y como se deduce de lo expresado por las sentencias del Alto Tribunal, resolutorias de recursos de amparo, de 24 de abril de 2017 y de 25 de septiembre de 2006. Esta última precisa que:

⁷⁸ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2023 (FJ 4), ECLI:ES:TS:2023:2491, que cita otras muchas.

⁷⁹ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2019 (FJ 4), ECLI:ES:TS:2019:1859.

⁸⁰ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021 (FJ 3), ECLI:ES:TS:2021:909.

⁸¹ Véase: párrafo 56 de la sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de noviembre de 2022, caso Ayuso Torres contra España, [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-220573%22%7D>

«No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de las [personas] no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y que excluiría manifestaciones “levemente irrespetuosas”, en la expresión de opiniones críticas o discrepancias por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles o militares»⁸².

Una vez dibujada la panorámica general sobre los requisitos exigibles para que resulten aplicables las medidas protectoras de la Ley 2/2023 a quienes revelan información públicamente, así como sobre los límites generales y específicos del derecho a la libertad de expresión de los militares, hemos de considerar dos posibles situaciones distintas en la revelación pública de información por parte de un militar.

Por un lado, la del militar que revela públicamente información sobre infracciones penales y faltas disciplinarias militares, graves y muy graves, y, por otro, la de aquel militar que, una vez cumplidas las correspondientes condiciones de protección contenidas en la ley, efectúa una revelación pública sobre hechos constitutivos de infracciones penales y administrativas, graves y muy graves, de naturaleza común.

En la primera de las situaciones que hemos planteado, consideramos que para el militar se halla absolutamente proscrita la revelación pública de información dado que, como hemos analizado en este trabajo, las normas disciplinarias y penales militares imponen la obligación de que se utilicen unas formalidades y unos cauces específicos para la comunicación de las correlativas infracciones, por lo que queda excluida la aplicación de la ley de protección del informante. Además, la revelación pública por un militar de hechos constitutivos de infracciones disciplinarias y penales militares supone un ataque frontal a la disciplina ya que menoscaba la cohesión interna dentro de la organización castrense, garantizada a través de la observancia del conjunto de normas que regulan el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, al obviarse las vías específicas de comunicación de información y la debida discreción sobre asuntos del servicio establecidas en las normas militares.

Más dudas ofrece el caso del militar que, una vez cumplidas las correspondientes condiciones de protección, efectúa una revelación pública so-

⁸² Sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de septiembre de 2006 (FJ 9), ECLI:ES:TC:2006:272; y de 24 de abril de 2017 (FJ 3), ECLI:ES:TC:2017:38.

bre hechos constitutivos de infracciones penales y administrativas, graves o muy graves, de naturaleza común.

Aunque el militar puede realizar —conforme a lo dispuesto por la ley de protección del informante— comunicaciones de información sobre infracciones penales y administrativas comunes a través de los canales internos y externos, consideramos que, respecto a su revelación pública, debe realizarse una doble matización en función de si las personas afectadas por la revelación son o no militares. De este modo, si el afectado por la revelación pública efectuada por un militar sobre hechos constitutivos de infracciones penales y administrativas comunes es también un militar, creemos que el hecho mismo de la revelación pública perjudica de manera directa a la disciplina, entendida como el conjunto de reglas para mantener el orden y la subordinación que garantizan la rectitud de conducta individual y colectiva del militar⁸³. Por el contrario, si la persona afectada por la revelación pública efectuada por un militar sobre hechos constitutivos de infracciones penales o administrativas comunes fuera personal civil, no parece que la revelación vaya a producir ninguna lesión en la disciplina, jerarquía y unidad de la organización militar, por lo que el militar podría efectuarla amparado por el derecho a la libertad de expresión siempre que hubiera observado los límites generales y específicos aplicables a los militares para el ejercicio de ese derecho.

En cuanto a las consecuencias de la revelación pública de la información por el militar, pensamos que la enfática declaración efectuada por el artículo 38.1 de la ley de protección del informante ha de ser matizada cuando expresa que, las personas que hagan una revelación pública de conformidad con ella, «no se considerará que hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y aquellas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha comunicación o revelación pública». Esto resulta, cuanto menos, contradictorio, dado que a continuación se indica que «esta medida no afectará a las responsabilidades de carácter penal».

En efecto, el militar, en los supuestos mencionados en los que no le estaría permitida la revelación pública por resultar esta lesiva para la disciplina, quedaría al margen de las normas protectoras de la Ley 2/2023, de manera que su conducta, en función del contenido de la información, podría dar lugar a la comisión de varios delitos tipificados en el Código Penal Militar, entre los que se encuentran los delitos de revelación de secretos e

⁸³ Véase: artículo 44 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales (artículo 26), ultrajes a España e injurias a la organización militar (artículos 36 y 37), insulto a superior (artículo 43) y delitos contra los deberes del servicio (artículo 80).

7. CONCLUSIONES

- La esperada Ley 2/2023 ha apostado de manera decidida por la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas dirigidas a la prevención y el descubrimiento de infracciones penales y administrativas graves o muy graves. El hecho de que se hayan introducido en esta ley una serie de medidas para incentivar la comunicación de información sobre tales infracciones sin el temor a sufrir represalias merece una valoración positiva. Sin embargo, se echa en falta que la ley no contemple ninguna salvedad en su aplicación relativa a la normativa específica militar en lo que esta última pudiera resultar incompatible con aquella, dado que las obligaciones y deberes propios del personal militar, así como las gravosas consecuencias que tiene su incumplimiento, no tienen equiparación con el régimen establecido para los demás empleados públicos.
- Más allá del argumento puramente formal de que las normas reguladoras de las obligaciones y deberes del militar, por razón de la materia, son de preferente aplicación a la ley de protección del informante, estimamos que la existencia de una serie de cauces y formalidades legales específicos de obligatorio cumplimiento para los militares en relación con la comunicación de las infracciones disciplinarias y penales militares justifica el que esta comunicación, cuando se efectúa por personal militar, deba entenderse excluida del ámbito material de aplicación de la aludida ley. En particular, la singularidad del régimen estatutario militar, que impone al militar un deber de reserva más estricto que el exigible a los demás empleados públicos, conlleva que, dentro de la exclusión de las materias clasificadas del ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023, deban entenderse comprendidas las que hubieran sido objeto de clasificación con arreglo a la normativa general y también aquellas materias clasificadas conforme a la normativa específicamente militar. Es decir, además de las materias que hubieran sido clasificadas en atención a lo dispuesto por la normativa general sobre secretos oficiales, quedarían excluidas de la aplicación de la ley de protección

del informante aquellas otras que tengan reconocido algún grado de clasificación tanto en las normas específicamente militares sobre política de seguridad de la información del Ministerio de Defensa como en las normas reguladoras de las materias clasificadas existentes en las organizaciones defensivas de las que España forma parte.

- El legislador español ha regulado el ámbito personal de aplicación de la ley de protección del informante, en lo que se refiere a los informantes que prestan servicio en el sector público, de una manera sumamente genérica y con un alcance omnicompreensivo. Por ello, y en particular respecto a las personas que ostentan la condición militar, resulta necesario acudir a las normas reguladoras del régimen de personal militar para tratar de concretar qué categorías de personas puede entenderse que están incluidas dentro del ámbito subjetivo de la ley de protección del informante.
- Precisamente, debido al carácter globalizador de la ley, creemos que esta obliga a extender sus medidas protectoras a determinadas clases de personal como los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar, así como a aquellas personas cuya relación estatutaria o profesional con el Ministerio de Defensa todavía no haya comenzado, siempre y cuando la información se hubiera obtenido durante el proceso de selección.
- El desconocimiento de la identidad de la persona que realiza una comunicación anónima sobre infracciones constitutivas de delitos y faltas disciplinarias militares constituye el factor clave que determina que, a diferencia de lo que sucede con el personal militar, no pueda exigirse al informante anónimo el cumplimiento de las formalidades ni la obligación de seguir los cauces establecidos en las normas militares a la hora de realizar la correspondiente comunicación. De ahí que, según nuestra opinión, las comunicaciones anónimas sobre hechos constitutivos de infracciones disciplinarias militares deberían admitirse una vez que se hayan practicado, si ello resulta posible, las diligencias de investigación oportunas para confirmar la veracidad de su contenido. Por otra parte, en el ámbito penal las denuncias anónimas vienen siendo admitidas en la práctica forense y también en sede jurisprudencial como *notitia criminis*, es decir, como fuente de información, aunque no como medio de prueba. Así pues, ante la posibilidad de que se realicen comunicaciones anónimas de delitos militares al amparo de la ley

de protección del informante, consideramos que, de lege ferenda, debería acometerse una reforma de la Ley Orgánica 2/1989, Proceso Militar, en el sentido de que cuando la noticia de la comisión de un delito competencia de la jurisdicción militar la hubiese comunicado una persona de forma anónima a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades pudiera realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad de dicha persona salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo.

- El militar que comunica informaciones sobre hechos constitutivos de infracciones penales o administrativas graves o muy graves comprendidos en el ámbito de la Ley 2/2023, a nuestro juicio, no tiene la condición de interesado en el procedimiento de gestión de las comunicaciones porque no ostenta en aquel más interés que la defensa de la legalidad o del interés público, en abstracto. Esta carencia de la condición de interesado nos lleva a concluir, en coherencia con lo previsto por la ley, que no existe legitimación activa para recurrir la decisión de no continuar la tramitación de la comunicación o de no realizar diligencias de investigación que pudiera adoptarse por el responsable del canal, por más que esto pudiera ser discutible desde el punto de vista constitucional. En cuanto a la posición jurídica del «militar informante» en el ulterior procedimiento sancionador que pudiera iniciarse como consecuencia de la comunicación efectuada, en principio, parece complicado que aquel vaya a poder constituirse en parte y recurrir en vía contencioso-administrativa la resolución finalizadora del procedimiento sancionador, aunque teóricamente esto sería factible si, en el caso concreto de que se trate, demuestra tener un interés legítimo. Por lo que se refiere al ámbito penal, la figura del «militar informante» podría encajar en la categoría procesal de testigo, por lo que entonces quedaría sujeto a las normas reguladoras de su estatuto.
- Consideramos que la conducta consistente en la revelación pública por un militar de la comisión de delitos y faltas militares de otro militar daña gravemente la disciplina y no constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, por lo que puede ser objeto del correspondiente reproche conforme a las normas penales o disciplinarias militares. Por otro lado, el hecho de que un militar efectúe comunicaciones de información sobre hechos constitutivos de infracciones administrativas y de delitos comprendidos en la ley de protección al informante no quiere decir que, pese a que pudie-

ra parecer paradójico, aun cumplidas las condiciones legales para poder realizar su revelación pública, esta sea compatible con lo establecido por las normas militares. En efecto, teniendo en cuenta las restricciones que, conforme a derecho, pueden imponerse a los militares en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, a nuestro juicio, la revelación pública por un militar de hechos constitutivos de infracciones administrativas o penales comunes que pudiera haber cometido otro militar socava la disciplina y, por lo tanto, no estaría amparada por la libertad de expresión. Sin embargo, cuando el afectado por la revelación pública de un militar de acciones u omisiones constitutivas de infracciones administrativas o penales comunes sea una persona no sometida a fuero militar, estimamos que dicha revelación no produce ningún quebranto en las características esenciales de la organización militar ni, en particular, en la disciplina. En consecuencia, el militar, una vez cumplidas las condiciones legales para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y con respeto a los límites establecidos jurisprudencialmente para el ejercicio de tal derecho por los militares, podría «libremente» efectuar su revelación pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 [en línea]. [Consulta: 4 julio 2023]. Disponible en: https://gestiona3.madrid.org/archivos/images/AREA_PROFESIONAL/Legislacion_archivistica/EST_Acuerdo_Consejo_Ministros_SSOO_28-11-1986.pdf
- ALIAGA RODRÍGUEZ, R. (2022), La denuncia anónima como instrumento de transparencia y protección de los denunciantes. *Revista Española de la Transparencia*, 14, pp. 57-78. ISSN 2444-2607.
- CARBAJO DOMINGO, M. A. (2023). La posible inconstitucionalidad de la Ley 2/2023: la creación de espacios de impunidad ajenos al contencioso-administrativo. El descontrol de la actividad administrativa de los artículos 13 y 20 de la Ley 2/2023. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Especial III. Smarteca. ISSN 0210-2161.
- ESPAÑA. (1882). Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Gaceta de Madrid*. 17 de septiembre, núm. 260.
- (1968). Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales. *Boletín Oficial del Estado*. 6 de abril, núm. 84.

- (1969). Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre Secretos Oficiales. *Boletín Oficial del Estado*. 24 de febrero, núm. 47.
- (1978). Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*. 29 de diciembre, núm. 311.
- (1981). Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio. *Boletín Oficial del Estado*. 5 de junio, núm. 134.
- (1989). Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. *Boletín Oficial del Estado*. 18 de abril, núm. 92.
- (1994). Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. *Boletín Oficial del Estado*. 24 de diciembre, núm. 307.
- (1995). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*. 24 de noviembre, núm. 281.
- (2003). Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. *Boletín Oficial del Estado*. 18 de diciembre, núm. 302.
- (2005). Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. *Boletín Oficial del Estado*. 18 de noviembre, núm. 276.
- (2006). Orden Ministerial 76/2006, de 19 de mayo, por la que se aprueba la política de seguridad de la información del Ministerio de Defensa. *Boletín Oficial de Defensa*. 29 de mayo, núm. 103.
- (2007). Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. *Boletín Oficial del Estado*. 20 de noviembre, núm. 278.
- (2007). Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. *Boletín Oficial del Estado*. 23 de octubre, núm. 254.
- (2007). Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado*. 23 de marzo, núm. 71.
- (2009). Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*. 7 de febrero, núm. 33.
- (2010). Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. *Boletín Oficial del Estado*. 4 de diciembre, núm. 295.
- (2011). Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad. *Boletín Oficial del Estado*. 2 de agosto, núm. 184.

- (2011). Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*. 28 de julio, núm. 180.
- (2014). Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*. 5 de diciembre, núm. 294.
- (2015). Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*. 2 de octubre, núm. 236.
- (2015). Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. *Boletín Oficial del Estado*. 15 de octubre, núm. 247.
- (2017). Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*. 9 de noviembre, núm. 272.
- (2018). Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*. 6 de diciembre, núm. 294.
- (2023). Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*.
- (2023). Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. *Boletín Oficial del Estado*. 21 de febrero, núm. 44.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2023). Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación. [en línea]. *Estudios y Comentarios*. [Consulta: 11 julio 2023]. Disponible en: <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1513983>
- FRANCIA. (2022). Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d’alerte. *Journal Officiel de la République Française*. 22 de marzo, núm. 0068.
- GARCÍA-MORENO, B. (2022), La figura del *whistleblower*. En: GIMENO BEVIÁ, J. y LÓPEZ DONAIRE, M. B. (dirs.). *La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*. Valencia. Tirant lo Blanch. pp. 29-52. ISBN 9788411136921.
- GARRIDO JUNCAL, A. (2022). La ley que protege a los informantes de infracciones normativas comienza su tramitación: preguntas y respuestas sobre una norma indispensable para el buen funcionamiento de las instituciones democráticas [en línea]. *Cuadernos Manuel Jiménez Abad*, 24, pp. 167-178. [Consulta: 17 julio 2023]. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM22.0210>
- IGLESIAS REY, P. (2023). Implicaciones de la nueva ley de protección del informante: la exigencia de los canales de denuncia en el sector

- público como un elemento nuclear de los sistemas de integridad. *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, 81, pp. 164-178. ISSN 1136-517X.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), sobre el anteproyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción [en línea]. [Consulta: 28 junio 2023]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-Ley-reguladora-de-la-proteccion-de-las-personas-que-informen-sobre-infracciones-normativas-y-de-lucha-contr-la-corrupcion-por-la-que-se-transpone-la-Directiva--UE--2019-1937-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo--de-23-de-octubre-de-2019--relativa-a-la-proteccion-de-las-personas-que-informen-sobre-derecho-de-la-Union-, p. 30>
- JERICÓ OJER, L. (2023). Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal. [en línea]. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25, pp. 15-16. [Consulta: 11 julio 2023]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-08.pdf>.
- LOZANO CUTANDA, B. (2023). Ley 2/2023 de protección del informante: dos cuestiones problemáticas (una posiblemente inconstitucional). [en línea]. *GA_P. Análisis*. [Consulta: 29 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2023/02/Ley_de_proteccion_informante.pdf
- MAGRO SERVET, V. (2023). Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023, de 20 de febrero de protección del «aler-tador» ante la corrupción. *Diario La Ley*, 10239. ISSN 1989-6913.
- MIRANZO DÍAZ, J. (2023). La nueva Ley 2/2023 de protección del «in-formante» [en línea]. *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*. [Consulta: 30 julio 2023]. ISSN-e 2952-3109. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/la-nueva-ley-22023-de-proteccion-del-informante>
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2021), La protección de los denunciantes: algunas carencias de la directiva (UE) 2019/1937. En: MOLINA ÁLVAREZ y ALEMÁN ARÓSTEGUI (coord.). *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Navarra. Aranzadi. p. 29. ISBN 9788413909998.

- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE. (2013). *Principios Globales sobre Seguridad Nacional y el Derecho a la Información (Principios de Tshwane)*, [en línea]. Open Society Foundations [Consulta: 12 julio 2023]. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Taller_Alto_Nivel_Paraguay_2018_documentos_referencia_Principios_Tshwane.pdf
- PAJARÓ CALVO, M. (2022). Análisis del proyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción [en línea]. *Documentación Administrativa*, 9, pp. 43-74. [Consulta: 14 julio 2023]. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/da.11151>
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2015), La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas. [en línea]. *InDret*, 3, pp. 1-33. [Consulta: 29 julio 2023]. Disponible en: 304289-Text de l'article-427390-1-10-20160128.pdf
- RECIO GAYO, M. (2023). *Las comunicaciones anónimas y su régimen de protección del informante (whistleblower)* [en línea]. [Consulta: 17 julio 2023]. Disponible en: <https://elderecho.com/comunicaciones-anonimas-y-regimen-ley-whistleblower>
- REY GUANTER, S. (2023). La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la ley 2/2023 de protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora [en línea]. *IUSLabor.*, 2, pp. 1-30. [Consulta: 30 julio 2023]. ISSN-e 1699-2938.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2000 (FJ 1), ECLI:ES:TS:2000:4501.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2022 (FJ 1), ECLI:ES:TS:2022:515.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2023 (FJ 1), ECLI:ES:TS:2023:2000.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2003 (FJ 1), ECLI:ES:TS:2003:1633.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2016 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2016:4302.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2017 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2017:1007.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021 (FJ 3), ECLI:ES:TS:2021:909.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2023 (FJ 4), ECLI:ES:TS:2023:2769.

- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2019 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2019:956.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2017 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2017:2442.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 20 julio de 2022 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2022:2893.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2014 (FJ 2). ECLI:ES:TS:2014:2217.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2023 (FJ 4), ECLI:ES:TS:2023:2491,
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2001 (FJ 1), ECLI:ES:TS:2001:2854.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2019 (FJ 4), ECLI:ES:TS:2019:1859.
- Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2021 (FJ 4), ECLI:ES:TS:2021:1599.
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2013:1825.
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2020 (FJ 2), ECLI:ES:TS:2020:272.
- Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de noviembre de 2022, emitida en el caso Ayuso Torres contra España, [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-220573%22%5D%7D>
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de octubre de 2003 (FJ 11), ECLI:ES:TC:2003:184.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 2017 (FJ 3), ECLI:ES:TC:2017:38.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de septiembre de 2006 (FJ 9), ECLI:ES:TC:2006:272.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 14 de febrero de 2023, emitida en el caso Halet contra Luxemburgo, *Luxleaks* [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-223259>
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de diciembre de 1992, caso Hadjianastassiou contra Grecia [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22fulltext%22:%5B%22Hadjianastassiou%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57779%22%5D%7D>

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, emitida en el caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976, [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57479%22%5D%7D>
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, emitida en el caso Grigoriades contra Grecia, de 25 de noviembre de 1997, [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58116%22%5D%7D>
- SIERRA RODRÍGUEZ, J. (2023). Cinco insuficiencias de la Ley 2/2023 de protección de informantes. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Especial III. Smarteca. ISSN 0210-2161.
- TARDÍO PATO, J. A. (2022). La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 217, pp. 1-14. Aranzadi ProView. ISSN 0210-8461.
- UNIÓN EUROPEA. (2014). Reglamento (UE) 376/2014, de 3 de abril, sobre notificación de sucesos en la aviación civil, *Diario Oficial de la Unión Europea*. 24 de abril, L 122/18.
- UNIÓN EUROPEA. (2019). Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. *Diario Oficial de la Unión Europea*. 26 de noviembre, L 305/17.
- VIGURI CORDERO, J. (2023). Los retos de la protección de las personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023: un derecho en vías de consolidación. *Revista Española de la Transparencia*, 17, pp. 271-298. ISSN 2444-2607.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. (2022). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de protección del informante. *Diario La Ley*, 10187. ISSN 1989-6913.

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: PROGRESIÓN Y RECEPCIÓN

Vicente Manuel García Salguero

*Doctorando en UE por la Universidad Nacional de Educación a
Distancia*

Resumen

En este artículo se pretende hacer un análisis de la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, como organización supranacional, desde el punto de vista de su recepción en las normas de la Unión.

Para ello, se comienza hablando de la creación de la propia Unión para, a continuación, exponer sus normas principales, que dan base jurídica a esta organización, y cómo la misma puede asumir competencias de los Estados miembros. Después se determina la progresión y el enunciado de los derechos fundamentales basándose, por una parte, en lo que se considera la ciudadanía de la Unión y, por otra, en el catálogo de derechos propio, como es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por último, se plasman las conclusiones, donde se encuentran aquellas de carácter objetivo, desprendidas de los análisis realizados, y subjetivo, dimanantes del autor.

Palabras clave: Derechos fundamentales, Unión Europea, Competencias de la Unión

Abstract

The aim of this article is to analyse the situation of the fundamental rights in the European Union, considered as a supranational organisation, from the point of view of their reception in the Union's regulations.

Therefore, it begins by referring to the creation of the European Union and its main regulations, which provide the legal basis for the organisation. It also explains how the EU can take over competences from the Member States. Later, it defines the progression and the statement of the fundamental rights based on what is considered as citizenship of the Union and on the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Finally, the conclusions, which include both objective conclusions, derived from the analyses carried out, and subjective conclusions, drawn by the author, are set out.

Keywords: Fundamental Rights, European Union, Union's competences

Sumario

1 Antecedentes históricos: la creación de la Unión Europea. 2 Las competencias de la Unión Europea y su ejercicio. 2.1 El Tratado de la unión europea. 2.2 El Tratado de Funcionamiento de la unión europea. 2.3 El ejercicio de las competencias. 3 Los derechos fundamentales en la Unión Europea. 3.1 La ciudadanía de la Unión. 3.2 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 4 Conclusiones.

1 . ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA CREACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La II Guerra Mundial¹ finalizó, oficialmente, el 2 de septiembre de 1945 al rendirse Japón. Varios meses antes, el 8 de mayo de 1945, se había

¹ El bloque aliado se configuró el 1 de enero de 1942, momento en el que se firma la Declaración de Naciones Unidas. Así, dentro de este bloque aliado estaban Gran Bretaña, Francia, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, los Estados Unidos de América, China, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Noruega, Checoslovaquia, Yugoslavia, Polonia, Grecia, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, India, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, México, Brasil y Colombia (Enciclopedia de Historia, 2022a). El bloque antagonista o «Potencias del Eje» estaba compuesto por Alemania, Japón, Italia (los cuales conformaron el Pacto Tripartito el 27 de septiembre de 1940), Hungría, Rumanía, Bulgaria y Eslovaquia (que posteriormente

producido la rendición incondicional de Alemania cuando Berlín fue capturada por fuerzas soviéticas apoyadas por fuerzas polacas (Aracil *et al.*, 1998: 15).

El fin del conflicto bélico supuso la aparición en Europa de dos bloques totalmente antagónicos y, a su vez, el inicio de un periodo de tensión que no acabaría hasta el año 1989 (Aracil *et al.*, 1998: 23).

Esta división se fraguó entre 1945 y 1947. El criterio de división fue sencillo: el país que liberaba al país ocupado por la Alemania nazi o sus aliados se incorporaba al bloque del país liberador. La URSS se apoderó de Polonia, Rumanía, Hungría, Checoslovaquia, Bulgaria, Yugoslavia y la antigua Alemania Oriental (que tenía como nombre República Democrática de Alemania), donde se instituyeron democracias populares y economías socialistas. Al igual que en la URSS, solo había un partido político: el partido comunista.

Estados Unidos y Gran Bretaña liberaron (por decirlo de una forma general y sin entrar en detalles sobre la participación de otros países, lo que daría para muchísimos trabajos en otro campo del saber como es la historia) Francia, Italia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Austria, la República Federal Alemana, Dinamarca, Suecia, Noruega y Finlandia, sin olvidar Grecia, donde desde 1945 se intentaba frenar el avance del comunismo mediante la implantación de un modelo democrático y una economía capitalista.

Si bien durante esos dos años ya hubo roces o fricciones entre ambos bloques, es en 1947 cuando se produce la ruptura total. ¿Qué ocurrió este año? El 12 de marzo de 1947, ante el Congreso de Estados Unidos, el presidente Harry S. Truman expuso la nueva doctrina de actuación internacional de Estados Unidos, la «doctrina Truman»: Estados Unidos estaría siempre dispuesto a sostener a los pueblos libres amenazados por minorías armadas o por presiones exteriores. En realidad, lo que se pretendía era derrotar todo movimiento comunista (Custodio, 1979: 67). Esta doctrina supuso el apoyo de Estados Unidos a aquellos países que se oponían al comunismo, como ocurría con Grecia (Delage, 1997).

El 5 de junio de 1947 se anunció el Plan de Recuperación Europea dependiente del secretario de Estado George Marshall en la Universidad de Harvard: el «plan Marshall» (Delage, 1997; Custodio, 1979). Este plan

se adhirieron a este pacto); Finlandia, Tailandia, Irán, Irak (que se dieron el título de «cobeligerantes»); República Social Italiana, Francia de Vichy, Bohemia y Moravia, Manchukuo, China colaboracionista, Mengjiang, Croacia, Eslovaquia, Serbia, Albania y Montenegro (Eured, s. f.). Estos bloques se pueden definir como iniciales. El desarrollo de la guerra hizo que algunos cambiaran de bando, desaparecieran países y/o aparecieran otros.

o programa de recuperación europea fue aprobado definitivamente por el presidente Truman el 3 de abril de 1948 mediante la Ley de Recuperación Europea. La idea de este plan era proporcionar ayuda y una inyección económica cuantiosa para todos aquellos países que quisieran salir de la crisis económica en la que estaban sumergidos como resultado de la Gran Guerra, tal y como dijo Truman: «nuestra política no está dirigida contra ningún país o doctrina, sino contra el hambre, la pobreza, la desesperación y el caos» (Delage, 1997). De esta manera, el plan Marshall supuso:

- La recuperación e integración económica de Europa.
- Un importante mercado para Estados Unidos.
- La división de Europa en dos grupos de Estados, tal y como Stalin predijo en la Conferencia de París (McMahon, 2009: 59).

La inversión económica en Europa fue inmensa: se recibió desde ayuda económica hasta bienes, tanto de equipo como de primera necesidad, en especial en los momentos iniciales (Aracil *et al.*, 1998: 33). Se hacía necesario recibir y repartir esa ayuda en una acción coordinada, para lo que, el 16 de abril de 1948, surgió la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE) con la misión inicial de coordinar las actuaciones derivadas del plan Marshall (OCDE).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la Segunda Guerra Mundial estaba muy fresca en estos momentos. Los recuerdos de las atrocidades vividas, como el holocausto judío, seguían presentes en la vida diaria. Por ello surge un movimiento, más o menos de forma paralela al proceso que llevó a la creación de la OECE, que busca una posible integración política de los países europeos que, a su vez, garantice una paz duradera, el llamado «Movimiento Europeo». Derivado de este movimiento se lleva a cabo, entre los días 7 al 11 de mayo de 1948, un congreso que reúne a ochocientos delegados de países europeos y a observadores pertenecientes a Estados Unidos y a Canadá. Es el Congreso de La Haya, también llamado Congreso de Europa (European Movement International, s. f.). Este congreso finalizó con la publicación de unas recomendaciones para los países participantes como fueron:

La creación de una asamblea deliberativa y de un consejo especial europeo, que serían los encargados de preparar una integración político-económica de los países europeos. Ya desde 1946 Winston Churchill fue el primero en hablar de unos «Estados Unidos de Europa» (Unión Europea, s. f. d).

Creación de un tribunal de justicia que se encargaría de garantizar una carta de derechos humanos que debería ser aprobada con posterioridad².

De este modo, el Movimiento Europeo se creó formalmente el 25 de octubre de 1948 y la principal consecuencia del Congreso de Europa fue la creación, el 5 de mayo de 1949, fecha en la que se firmó su estatuto, del Consejo de Europa, cuya función principal era —y sigue siendo— la defensa, protección y promoción de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho (Unión Europea, s. f. a).

En resumen, aproximadamente cuatro años tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial apareció un movimiento europeo de coordinación o semintegración de carácter económico, la OECE, y otro de carácter más político, el Consejo de Europa. Sería en ese aspecto económico donde se continuarían dando pasos hacia una integración de países europeos en una gran comunidad.

En 1950 se dieron hitos importantísimos para la creación de la Unión Europea. Varios Gobiernos europeos llegan a la conclusión de que si ponían en común la producción de determinados bienes se evitarían nuevos conflictos en Europa. Las producciones que se pretenden unificar son las de carbón y acero, fundamentales para la industria (Unión Europea, s. f. a). De este modo, el 9 de mayo de 1950 se produce la declaración Schuman, en la que se propuso la creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero o CECA³.

La CECA fue la primera de las instituciones que llevarían a la Unión Europea. Inicialmente formada por Francia, la República Federal Alemana, Italia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, se creó por el Tratado de París de 18 de abril de 1951⁴, con el que se pretendía —y se consiguió— organizar la libertad de circulación del carbón y el acero y obtener el libre acceso a las fuentes de producción (Unión Europea, s. f. a).

Como es lógico, la firma y puesta en marcha del tratado tuvo como consecuencia el funcionamiento de esta nueva Comunidad Europea y, por otro lado, el deseo de profundizar en este tipo de relación. Por ello, en el

² Aún no se había aprobado la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

³ Las citas más importantes de esta declaración realizada por Schuman son: «La paz mundial no puede salvaguardarse sin unos esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan»; «Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto; se hará gracias a realizaciones concretas que creen en primer lugar una solidaridad de hecho»; «La puesta en común de las producciones de carbón y acero [...] cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas, de las que ellas mismas han sido las primeras víctimas» (European Union, s. f.).

⁴ Este tratado expiró el 23 de julio de 2002 tras haber cumplido su misión y su periodo de vigencia (Europa, s. f.).

año 1955, durante los días 1 y 2 de junio, se produjo la Conferencia de Mesina con la idea de buscar una unificación o, al menos, un proyecto de posible unificación europea (Movimiento Europeo Consejo Federal Español [MECFE], 2015).

De la Conferencia de Mesina, tras duras conversaciones y negociaciones entre los ministros de Asuntos Exteriores de los seis países de la CECA⁵, surgió el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, que creaba la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea para la Energía Atómica o EURATOM. A partir de aquí se encauzan los procesos para llegar a la Unión Europea que hoy conocemos.

El 1 de enero de 1973 ingresaron en la Comunidad Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, lo que la convirtió en la «Europa de los nueve» hasta la década de 1980, cuando se van a producir eventos históricos que cambiarán la situación mundial, así como una sucesión de ingresos de nuevos miembros. El siguiente ingreso se realiza el 1 de enero de 1981, con Grecia, y se pasa a la «Europa de los diez». El 1 de enero de 1986 ingresan Portugal y España y, el 17 de febrero de ese mismo año, se firma el Acta Única Europea. Este documento, por una parte, trataba de eliminar obstáculos al libre comercio en un plazo de seis años y, por otra, aumentaba la influencia real del Parlamento Europeo y de los poderes de la futura Unión en política de medio ambiente (Unión Europea, s. f. b).

Para cerrar esta década, el 9 de noviembre de 1989 cayó el muro de Berlín. Este hecho supuso el fin de la Guerra Fría iniciada prácticamente a la vez que se daban los primeros pasos hacia la Unión Europea, la finalización del posicionamiento de bloques y —lo que más va a afectar a la propia Unión— el potencial ingreso de los países europeos del antiguo bloque soviético, como ocurriría años más tarde (Pichel, 2019).

El 7 de febrero de 1992 se firma el Tratado de Maastricht, que entraría en vigor el 1 de noviembre de 1993. Es el Tratado de la Unión Europea, ya que con él se crea la Unión de manera oficial y tal como hoy se conoce. Se establecen normas para la actuación de la Unión en política exterior y seguridad, y para una futura moneda única. Además, se empieza a concretar una cooperación más estrecha en áreas de justicia e interior. Es el famoso tratado de los tres pilares:

⁵ Gaetano Martino, de Italia; Antoine Pinay, de Francia; Walter Hallstein, de la RFA; Paul-Henri Spaak, de Bélgica; Johan Beyen, de los Países Bajos, y Joseph Bech, de Luxemburgo (MECFE, 2015).

- Primer pilar: mercado único, libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, y políticas comunes.
- Segundo pilar: cooperación intergubernamental en política exterior y seguridad común.
- Tercer pilar: cooperación en justicia e interior.

El 1 de enero de 1995 la Unión vuelve a ampliarse. En esta ocasión se unen Austria, Finlandia y Suecia, pasando a ser la «Europa de los quince».

En 1997, el 2 de octubre, se firma un nuevo tratado que busca reforzar los logros de Maastricht: el Tratado de Ámsterdam. El 1 de enero de 1999 se introduce el euro, si bien solo para transacciones comerciales y financieras⁶. Hasta el 1 de enero de 2002 no entraría en circulación como moneda de forma oficial.

El 2004 es un año que destaca por la cantidad de sucesos relacionados con la construcción europea (Unión Europea, s. f. c):

- En primer lugar, tras aproximadamente quince años desde la caída del muro de Berlín, los países del telón de acero se incorporan a la Unión Europea: el 1 de mayo de 2004 se unieron, Chipre, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, República Checa, Eslovenia y Eslovaquia: la «Europa de los veinticinco».
- En segundo lugar, se firma un tratado para establecer una Constitución europea. El 18 de junio de ese año lo firma el Consejo Europeo y el 29 de octubre se firma en Roma. Este tratado pretendía unificar en un solo texto los tratados de la Unión y promulgar una Carta de Derechos Fundamentales. Ya en 2005, el 12 de enero, el Parlamento Europeo aprobó una resolución por 500 votos a favor, 137 en contra y 40 abstenciones en la que se recomendaba a los Estados miembros la ratificación de esa Constitución⁷. En el proceso de ratificación se dieron diversas situaciones, pero finalmente Francia y los Países Bajos se posicionaron en contra y, tras un referéndum, ganó el no a la ratificación⁸ (Parlamento Europeo, s. f. b).

⁶ Los países de la «Zona Euro» son Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia (sumada en 2001), Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y España (Unión Europea, s. f. f).

⁷ «El Parlamento Europeo aprueba el Tratado Constitucional y recomienda encarecidamente su ratificación: la Constitución explica la naturaleza y los objetivos de la Unión, refuerza su eficacia y su papel en el mundo, mejora el control democrático y otorga más derechos a sus ciudadanos» (Parlamento Europeo, s. f. c)

⁸ España y Luxemburgo aprobaron la ratificación vía referéndum. Francia y los Países Bajos lo rechazaron, también vía referéndum. Reino Unido, República Checa, Polo-

El 1 de enero de 2007 la Unión volvió a crecer: Bulgaria y Rumanía se incorporaron: y dieron lugar a la «Europa de los veintisiete». Antes de acabar 2007, el 13 de diciembre, se firmó el Tratado de Lisboa. Fue ratificado por todos los países de la UE antes de su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009. Este tratado concedió nuevas competencias legislativas al Parlamento que lo igualó con el Consejo de Ministros. Además, le otorgó el poder de establecer la dirección política de la Unión. Cambió el Tratado constitutivo de la Unión Europea por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, algo muy relacionado con esta tesis, completó la transferencia final de los aspectos restantes del antiguo tercer pilar: el espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) europeo, que dejó de tener un carácter intergubernamental para someter los actos jurídicos adoptados en este ámbito al procedimiento legislativo ordinario utilizando los instrumentos jurídicos propios del método comunitario: reglamentos, directivas y decisiones (Parlamento Europeo, s. f.).

El 1 de julio de 2013 se incorporó Croacia, último país que se unió y que llevó a la UE a ser la «Europa de los veintiocho».

Este proceso de unión/integración finalizó en 2017 porque en la UE se dio una importantísima fisura: el 29 de marzo la primera ministra del Reino Unido, Theresa May, notificó al Consejo Europeo la intención de ese país de abandonar la Unión aplicando el artículo 50 del Tratado de Lisboa. Reino Unido dejó de formar parte de la Unión definitivamente el 31 de enero de 2020 (Ministério de Negócios Estrangeiros de Portugal, s. f.).

2. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU EJERCICIO

La Unión Europea (UE) tiene como base jurídica dos tratados fundamentales: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, denominados «los tratados». El análisis de estas normas y de lo que de ellas se deriva explica desde las competencias de la UE hasta su concepción de los derechos fundamentales pasando por la protección de esos derechos, como a continuación se expone.

nia, Irlanda, Dinamarca, Suecia y Portugal fueron evolucionando sus planes de ratificación sin llegar a pronunciarse, especialmente ante la negativa francesa y holandesa. Alemania, Austria, Chipre, Grecia, Finlandia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Eslovaquia, Eslovenia, Bélgica, Rumanía, Bulgaria y Estonia lo ratificaron por la vía parlamentaria (Parlamento Europeo, s. f. d).

2.1. EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tratado de la Unión Europea (TUE), de 7 de febrero de 1992, no establece cuáles son las competencias de la UE, pero sí las exclusiones y el modo de adquisición de competencias. De esta forma, el artículo 1 del TUE establece en su primer párrafo que los Estados miembro (EM) de la UE (en número cambiante, como se ha visto) atribuyen competencias a la UE para la adquisición de los objetivos de esta organización internacional (Diario Oficial de la Unión Europea [DOUE], 2010a).

El artículo 4 del TUE ayuda a la comprensión de qué es y qué no es competencia de la UE. De este modo, lo que no es atribuido a la UE es de los Estados miembros; las funciones esenciales del Estado —entre ellas el mantenimiento del orden público— serán respetadas por la UE; y, por último y de forma clara, establece que «la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva del Estado» (DOUE, 2010a).

Lo expuesto en los artículos 1 y 4 se traduce en el «principio de atribución» plasmado en el artículo 5.1 del TUE, donde de forma inequívoca se dice que «la delimitación de competencias se rige por el principio de atribución» (DOUE, 2010a), de manera que este principio constituye la forma de delimitación de competencias. La UE no tiene competencias propias originarias, sino que son fruto del apoderamiento que cada Estado miembro ha hecho de forma voluntaria (Martín, 2008: 3). Continuando con el siguiente apartado, el artículo 5.2 establece que, para que la UE actúe, ha de tratarse de una competencia propia, por lo que la materia en sí ha de haber sido concedida de forma expresa y exclusiva a la UE.

A continuación, en el mismo artículo, aparecen dos principios importantísimos que deben imperar a la hora del ejercicio de las competencias de la UE: el principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad:

- El principio de subsidiariedad del artículo 5.3 permite que la UE actúe en materias que no son de competencia exclusiva si se ve en peligro la buena finalización de la actuación emprendida por los Estados miembros en esa materia que les es propia (DOUE, 2010a). En consecuencia, el principio se aplicaría en aquellas competencias denominadas compartidas o de apoyo, coordinación y complemento (Martín, 2008: 10).
- El artículo 5.4 habla del principio de proporcionalidad y establece que «el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados» (DOUE, 2010a). Este principio se utiliza para racionalizar los actos

jurídicos creados por el derecho comunitario (Lugato, 1991: 67), por lo que afecta a todos los ámbitos de este derecho y lo armoniza (Barnes, 1994: 495-498). Cuando la UE actúa lo hace de forma que su máxima es la consecución del objetivo propuesto (generalmente, en los tratados) y, una vez conseguido, finaliza su actuación. Utiliza sus medios hasta la solución del problema y, a partir de ahí, el Estado miembro vuelve a gestionar el asunto. Este principio presenta las siguientes características:

- Idoneidad. Solo si la medida adoptada en el seno de la UE es la apropiada para conseguir el efecto deseado será proporcional (Galletta, 1998).
- Necesidad de su aplicación. Se recurrirá a la menos restrictiva dentro de las posibles (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [STJUE], de 16 de octubre de 1991, C-24/90).
- Su existencia o su posibilidad de aplicación no justifica la desproporción entre los derechos de los diversos Estados miembros (STJUE de 15 de julio de 2004, C-443/02).

2.2. EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), aprobado el 25 de marzo de 1957 (Diario Oficial de la Unión Europea [DOUE], 2010b), concibe de otra forma las competencias de la UE. De hecho, es en este tratado donde se concretan las mismas, lo que constituye una novedad (Martín, 2008: 6).

Así, y de acuerdo con su articulado, se encuentran:

- Competencias exclusivas, que son las recogidas en el artículo 3.1 del TFUE: unión aduanera; normas sobre competencia; política monetaria (de aquellos países cuya moneda es el euro); política pesquera común en lo que a la conservación de los recursos biológicos marinos se refiere; y política comercial común. Además, ostenta competencia exclusiva para la celebración de determinados tratados internacionales (DOUE, 2010b). Es en este tipo de competencias donde se produce de forma clara la atribución de competencias de los Estados miembros, tal y como se expuso antes, ya que los mismos pierden todo tipo de posibilidad de actuación o injerencia en ellas (Martín y Pérez de Nanclares, 2002: 356).
- Competencias compartidas. Reguladas en el artículo 4.1, son: mercado interior; política social; cohesión económica, social y territo-

rial; agricultura y pesca; medio ambiente; protección de los consumidores; transportes; redes transeuropeas; energía; el espacio de libertad, seguridad y justicia; y los asuntos comunes en materia de salud pública (DOUE, 2010b). En este caso, tanto la UE como los Estados miembros son competentes para actuar. No obstante, la actuación de la UE en la competencia concreta hace que el Estado miembro quede excluido de su posterior ejercicio (Martín y Pérez de Nanclares, 2002: 356) en base al principio de *pre-emption* que, tal y como dice Caballero, supone que las leyes de cada Estado miembro quedan sin efecto cuando entran en conflicto con las normas correspondientes a la UE (2011: 16-17). Estas competencias son aquellas que no se incluyen ni en el artículo 3 ni en el artículo 6 del TFUE.

- Competencias de apoyo, coordinación y complemento a la acción estatal: tal y como prescribe el artículo 6, son: protección y mejora de la salud humana; industria; cultura; turismo; educación, formación profesional, juventud y deporte; protección civil y cooperación administrativa (DOUE, 2010b). El ejercicio de estas competencias no supone en ningún caso la exclusión de las del Estado miembro afectado (Martín y Pérez de Nanclares, 2002: 357).
- Competencias especiales. Se puede decir que el TFUE señala una cuarta categoría de competencias de forma implícita y cuya importancia es tal que no puede ser incluida en las tres categorías ya citadas. Además, estas competencias especiales tienen una carga política importantísima. De este modo, entre los artículos 21 a 46 del TFUE se encuentran la política económica y de empleo, la definición de la política exterior y de seguridad común (PESC) y, más adelante, la llamada cláusula de flexibilidad, (artículo 308), que permite que la UE apruebe normas en situaciones en las que no tiene competencias, pero sí objetivos que tiene que cumplir en la cuestión en concreto (Martín, 2008: 12-13). En este último supuesto, se han de cumplir unas condiciones muy estrictas.

2.3. EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS

Una vez que se han delimitado las competencias de la UE gracias a los tratados, se hace preciso determinar de qué forma y quién ejerce estas competencias. De este modo, por una parte, hay instituciones que las ejercen y, por otra, un proceso que determina cómo se aprueban los textos

normativos de ejercicio de competencias. De esas instituciones, es necesario hablar de:

- El Parlamento Europeo (PE).
- El Consejo de la Unión Europea.
- La Comisión Europea (CE).

El Parlamento Europeo es el único órgano de la UE directamente elegido por los ciudadanos de los Estados miembros y es también una de las mayores asambleas democráticas del mundo. Tiene tres sedes: Estrasburgo, que es la sede oficial; Luxemburgo, donde se encuentra la Secretaría General; y, por último, Bruselas, donde se desarrolla el trabajo de las comisiones, un total de veintiséis (Parlamento Europeo, s. f.).

Se compone de 705 miembros más su presidente, elegidos cada cinco años. La cantidad de representantes de los Estados miembros es proporcional a su población, de forma que en ningún momento ningún Estado miembro pueda tener ni menos de 6 diputados ni más de 96⁹. Su composición definitiva la determina el Consejo Europeo¹⁰ a iniciativa del propio Parlamento y con su aprobación (Salguero, 2019: 252-255).

El Parlamento Europeo se considera la primera institución de la UE, se menciona en primer lugar en los tratados y su presidente tiene una preferencia protocolaria sobre el resto de autoridades europeas (Salguero, 2019: 302).

Sus competencias fundamentales guardan una gran similitud con las de un parlamento nacional de acuerdo con el artículo 14 del TUE, y son (DOUE, 2010a):

- Competencia legislativa, que es compartida con el Consejo (colegislador).
- Competencia presupuestaria, también compartida con el Consejo.
- Competencia de control sobre instituciones europeas para garantizar su funcionamiento democrático. Esta competencia se ejerce especialmente sobre la Comisión, donde elige a su presidente entre otras cuestiones.

⁹ España tiene actualmente 59 eurodiputados (Eurodiputados Parlamento Europeo, s. f.).

¹⁰ El Consejo Europeo es otra institución de la Unión Europea, formada por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, que no tiene competencias normativas, pero define las orientaciones y prioridades políticas generales.

Sus competencias, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, fueron reforzadas y ampliadas, y están al nivel del Consejo de la Unión Europea (Parlamento Europeo, s. f.).

El Consejo de la Unión Europea, al igual que el Parlamento, fue creado por los tratados constitutivos de 1957 y es un órgano decisorio esencial en la UE (Consejo Europeo Consejo de la Unión Europea [CECUE], 2022).

Según el artículo 16 del TUE, se compone de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros con nivel de ministro o secretario de Estado y con capacidad para comprometer a su Gobierno respectivo: su firma es la firma de su Gobierno. Además, este representante será responsable ante su Parlamento nacional y, por ende, ante los ciudadanos que representa, lo que se traduce en que las decisiones del CE están revestidas de la legitimidad democrática necesaria (DOUE, 2010a).

El Consejo presenta diez formaciones¹¹. Entre ellas destaca el Consejo de Asuntos Generales, que realiza una función de coordinación y cubre lo relativo a asuntos institucionales y administrativos. Cada formación es presidida por el ministro de la nación que en ese momento ocupa la Presidencia de la UE, menos el de Asuntos Exteriores, que lo preside el Alto Representante de Política Exterior y Seguridad de la UE (CECUE, 2022).

Sus cometidos son, de acuerdo con el artículo 16 del TUE, los siguientes:

- Competencia legislativa junto con el Parlamento.
- Competencia presupuestaria, compartida con el Parlamento.
- Celebración de acuerdos entre la UE y países terceros u organizaciones internacionales.
- Desarrollo de la política exterior y de seguridad. En este campo sigue las directrices del Consejo Europeo.
- Coordina las políticas de los Estados miembros.

Respecto a la toma de decisiones, el Consejo tiene tres opciones¹²:

¹¹ Estas formaciones son: Agricultura y Pesca; Asuntos Económicos y Financieros; Asuntos Exteriores; Asuntos Generales; Competitividad; Educación, Juventud, Cultura y Deporte; Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores; Justicia y Asuntos de Interior; Medio Ambiente; y por último, Transporte, Telecomunicaciones y Energía (CECUE, 2020).

¹² Es importante recalcar que los votos de los Estados miembros no tienen el mismo valor, ya que se ponderan en función del tamaño del Estado miembro en cuestión. Así, por ejemplo, en la votación celebrada el 24 de abril de 2020 en Bruselas sobre la modificación del Reglamento 1311/2013, el peso del voto alemán era de un 18,54 %; el francés un 14,98 %; y el español un 10,49 %, que eran los países más grandes. Como contraposición, el de Luxemburgo era de un 0,14 %; Malta un 0,11 % o Portugal un 2,30 % (CECUE, 2022).

- La mayoría cualificada, según el artículo 16.4 del TUE: con el 55 % de los Estados miembros, de forma que se represente a un mínimo del 65 % de la población de la UE, a favor (DOUE, 2010a).
- Unanimidad. Para los asuntos denominados «sensibles», tales como la adhesión a la UE, la normativa nacional sobre fiscalidad indirecta, las finanzas de la UE, la concesión de derechos a los ciudadanos de la UE, el derecho de familia, la cooperación policial operativa y la normativa nacional de seguridad y protección social. En estos casos, las abstenciones no imposibilitan la consecución de la unanimidad si, aparte de esas abstenciones, el resto de Estados miembros votan lo mismo (CECUE, 2020).
- Mayoría simple. Supone el voto mínimo de catorce miembros. Este sistema se utiliza para cuestiones de procedimiento (por ejemplo, organizar la Secretaría General) o para solicitar a la Comisión la presentación de propuestas (CECUE, 2020).

Por último, la Comisión Europea cierra la triada de Instituciones básicas de la UE. Con sede en Bruselas, representa los intereses comunes de la UE y es independiente de los Gobiernos nacionales. Está compuesto por veintisiete comisarios (el Colegio de Comisarios), cada uno de ellos de un Estado miembro, dirigidos por el presidente de la Comisión. Los comisarios son presentados por el Estado de origen y luego se refrendan por el Parlamento Europeo. Este Colegio de Comisarios está compuesto de la siguiente forma: presidente, ocho vicepresidentes, el Alto Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y dieciocho comisarios que se nombran cada cinco años (Comisión Europea, s. f. a).

La Comisión trabaja estructurada en departamentos, denominados direcciones generales, que son responsables de los diferentes ámbitos políticos. Además, su presidente es consensuado en el Consejo Europeo y su elección es sometida a la aprobación del Parlamento Europeo (Comisión Europea, s. f. b).

Según el artículo 17.7 del TUE, el presidente de la Comisión Europea, tras haber obtenido una mayoría cualificada, es propuesto por el Consejo Europeo al Parlamento Europeo, donde deberá ser aprobado por mayoría. El Consejo, de acuerdo con el nuevo presidente, confeccionará la lista de los nuevos comisarios del Colegio de Comisarios (DOUE, 2010a). Respecto a sus cometidos, están determinados en el artículo 17.1 del TUE. Básicamente son:

- Iniciativa legislativa. Prácticamente tiene el monopolio en este aspecto sobre leyes que protegen a la UE y a sus ciudadanos.
- Defensa del Derecho Comunitario. Si considera que un Estado miembro incumple sus obligaciones comunitarias, puede iniciar un procedimiento que acabe ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- Competencia presupuestaria: elabora los presupuestos de la UE (que luego serán aprobados por el PE).
- Gestiona políticas europeas: con el Consejo y el Parlamento, fija los gastos de forma priorizada.
- Competencias en relaciones exteriores: habla en nombre de la UE ante organizaciones internacionales y negocia acuerdos internacionales en nombre de la UE.

El proceso de toma de decisiones se basa en el principio de la colegialidad: el Colegio de Comisarios decide colectivamente y responde ante el Parlamento. De esta manera, se garantiza la calidad en la decisión —ya que todas las propuestas se examinan por todos los comisarios—, se evitan presiones en las decisiones y la responsabilidad se comparte entre todos (Comisión Europea Dirección General de Comunicación [CEDGC], 2019: 4-6).

Una vez que se han visto las instituciones europeas que tienen competencias para elaborar normas, se hace preciso comprobar cómo se elaboran esas normas, qué *iter legis* siguen las instituciones de la UE a la hora de confeccionar dichos textos. Por ello, el capítulo II del título I de la VI parte del TFUE —Actos jurídicos de la Unión, procedimientos de adopción y otras disposiciones— contiene el procedimiento que se debe seguir.

Este análisis se va a centrar en tres aspectos: la iniciativa normativa, el procedimiento de confección de normas y, por último, las normas generadas por la UE.

Generalmente, la iniciativa legislativa le corresponde a la Comisión Europea. Sin embargo, el TUE también da opción a una «iniciativa legislativa popular» en su artículo 10¹³, donde al menos un millón de ciudadanos

¹³ Artículo 10:

«1. Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión.

2. Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.

3. Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.

de la Unión de una cantidad significativa de Estados miembros podrán invitar a la Comisión a presentar propuestas legislativas (DOUE, 2010a).

Además, el artículo 289.4 del TFUE admite una iniciativa legislativa en los casos en los que se recoja en los tratados que corresponde a (DOUE, 2010b):

- Un grupo de Estados miembros.
- El Parlamento Europeo por recomendación del Banco Central Europeo.
- El Parlamento Europeo a petición del Tribunal de Justicia.
- El Parlamento Europeo a petición del Banco Europeo de Inversiones.

El procedimiento más habitual que se suele seguir es el procedimiento legislativo ordinario (PLO), que es la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, directiva o decisión (artículo 289.1 TFUE).

Los actos jurídicos adoptados por el procedimiento legislativo ordinario (PLO) constituyen un acto legislativo (289.3 TFUE). La Comisión, haciendo uso de su iniciativa legislativa, presenta una propuesta al Parlamento y al Consejo (294.2 TFUE). El Parlamento puede aprobarla en una primera lectura y, a continuación, transmite esa lectura al Consejo (294.3 TFUE). A su vez, el Consejo puede:

- Aprobarla tal cual, con lo cual se adopta el acto correspondiente y finaliza el procedimiento (294.4 TFUE).
- No aprobar la posición parlamentaria y adoptar su propia decisión. Esta decisión vuelve al Parlamento, al que se le informa también de las razones de ello. De manera paralela, la Comisión informará al Parlamento sobre su posición respecto a la norma en cuestión (294.5 y 6 TFUE).

4. Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.

Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa de este tipo se fijarán de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

En el caso de no aprobación por el Consejo y vuelta al Parlamento, este debe realizar lo que se denomina segunda lectura, que puede tener tres finales distintos:

- El Parlamento aprueba la posición del Consejo o no decide nada: el acto se adopta tal y como fue formulado por el Consejo (294.7.a TFUE).
- El Parlamento rechaza por mayoría la posición del Consejo: el acto no se adopta (294.7.b TFUE).
- El Parlamento propone enmiendas por mayoría a la posición del Consejo: se devuelve el texto enmendado al Consejo y a la Comisión (294.7.c TFUE).

Tras la propuesta de enmiendas y de vuelta en el Consejo, este dispone de tres meses para decidir por mayoría cualificada sobre lo enmendado. Tiene varias opciones: (294.8 TFUE):

- Si se aprueban todas las enmiendas, el acto será adoptado. (294.8.a TFUE).
- Si no se aprueban todas, se convoca al Comité de Conciliación¹⁴ por parte del presidente del Consejo de acuerdo con el presidente del Parlamento (294.8.b TFUE).

El Comité de Conciliación tiene un plazo de seis semanas desde su convocatoria para alcanzar un acuerdo por mayoría cualificada de los miembros del Consejo que lo componen y por mayoría simple de los representantes del Parlamento (294.10 TFUE). Si en esas seis semanas no se consigue el acuerdo, el texto no será adoptado. Si aprueba un texto (294.13 TFUE), que será lo que se denomina tercera lectura, volverá al Parlamento y al Consejo, que vuelven a tener un plazo de seis semanas para adoptarlo con los siguientes requisitos:

- El Consejo deberá aprobarlo por mayoría cualificada.
- El Parlamento deberá aprobarlo por mayoría de los votos emitidos.

Si no se alcanzan las anteriores mayorías, el acto no será adoptado.

¹⁴ Este Comité está compuesto por los miembros del Consejo o sus representantes y por igual número de representantes del Parlamento Europeo.

El presidente del Parlamento Europeo y el presidente del Consejo firmarán el acto finalmente adoptado, que se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea. (297.1 TFUE). La siguiente figura muestra de forma gráfica este proceso:

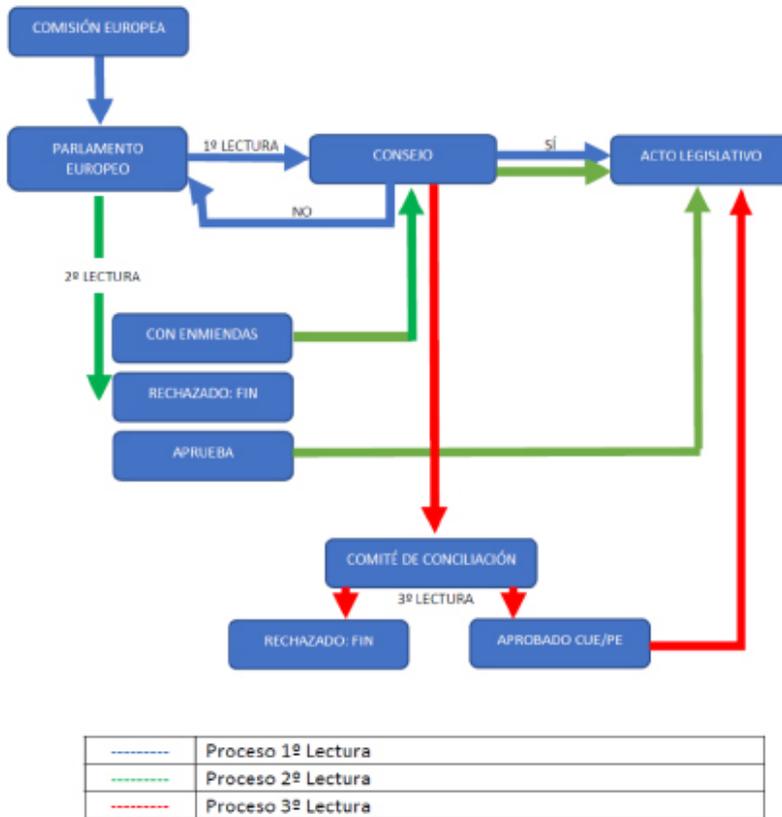


Figura 1. El proceso legislativo ordinario de la UE.

Fuente: Elaboración propia.

Además del PLO, puede haber otros dos procedimientos más:

- El procedimiento especial. Para aquellos casos en los que así sea recogido en los tratados, se podrán adoptar reglamentos, directivas y decisiones por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, o por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo (289.2 TFUE). El presidente de la institución que lo adoptó firmará el acto, que se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea (297.1 TFUE).

- El procedimiento ordinario ante la iniciativa normativa del artículo 289.4 TFUE. En este caso, el PLO no se sigue tal y como se ha descrito, sino que presenta las siguientes modificaciones (294.15):
 - La propuesta de la Comisión no se lleva a cabo (294.2 TFUE).
 - Los informes de la Comisión al Parlamento Europeo no se emiten (294.6 TFUE).
 - El pronunciamiento del Consejo sobre las enmiendas con dictamen negativo de la Comisión no se produce (294.9 TFUE).

El Parlamento y el Consejo enviarán a la Comisión el proyecto de acto y sus posiciones en primera y segunda lectura. Ambos pueden pedir un dictamen a la Comisión, o esta emitir uno por propia iniciativa, y tienen la facultad de participar en el Comité de Conciliación.

De los procedimientos anteriores surgen unas normas que tienen las siguientes denominaciones según el artículo 288 del TFUE (DOUE, 2010b):

- Reglamento. Tiene un alcance general. Es obligatorio en todos sus elementos y se aplica directamente en cada Estado miembro. Se adopta por procedimiento legislativo ordinario o especial.
- Directiva. Obliga al Estado miembro al que va dirigida a conseguir unos resultados, siendo la autoridad de ese Estado la que elige la forma y los medios de llegar a ellos. Se puede adoptar por medio de un procedimiento legislativo ordinario o especial.
- Decisión. Obliga a aquellos destinatarios a los que se dirija y es obligatoria en todos sus elementos. Se puede adoptar también mediante procedimiento legislativo ordinario o especial.

Además, hay otro tipo de normas europeas que no se consideran acto legislativo, pero que deben ser citadas para completar el elenco de las normas emitidas por la UE, como son:

- Recomendación. Es adoptada por el Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo (292 TFUE). No es vinculante y permite a las instituciones dar a conocer sus puntos de vista y sugerir una línea de actuación (Unión Europea, s. f.).

- Dictamen. Sin carácter vinculante, puede ser emitido por la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo, el Comité de Regiones¹⁵ y el Consejo Económico y Social Europeo¹⁶.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Tanto el TUE como el TFUE hacen múltiples referencias a los derechos humanos, pero hasta la aparición del Acta Única Europea de 1986 no se hizo mención de la definición de los derechos fundamentales de los europeos y de su protección en el derecho de la UE (Borrel *et al.*, 2003: 207). Ya el artículo 2 del TUE establecía que el fundamento de la Unión descansaba sobre los valores de «respeto de los derechos humanos» (DOUE, 2010a), con una especial mención a los derechos de las personas pertenecientes a las minorías. Sin embargo, el TUE no contiene ese listado explícito de derechos fundamentales (y tampoco hay ninguno en el TFUE) que encajaría en las posturas formales de concepción de los derechos fundamentales, como se haría en las diversas Constituciones nacionales, y, en cambio, remite a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tal y como dice en su artículo 6, donde reconoce los derechos, libertades y principios que enuncia esta además de (DOUE, 2010a):

- Adherir a la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), del Consejo de Europa.
- Establecer los derechos garantizados en el Convenio Europeo, así como los que se han recogido de forma tradicional de manera común en las distintas Constituciones de los Estados miembros, como «principios generales» del derecho de la Unión.

¹⁵ Artículo 300.3 TFUE: «El Comité de las Regiones estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida. Es un órgano consultivo de la UE, y sus miembros no están ligados por mandato imperativo».

¹⁶ Artículo 300.2 TFUE: «El Comité Económico y Social estará compuesto por representantes de las organizaciones de empresarios, de trabajadores y de otros sectores representativos de la sociedad civil, en particular en los ámbitos socioeconómico, cívico, profesional y cultural. Es también un órgano consultivo de la UE, y tampoco están ligados por mandato imperativo sus miembros».

3.1. LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

Para entender la necesidad de este apartado es necesario hacerse dos preguntas. La primera de ellas es: ¿existen los derechos fundamentales en la UE, como entidad propia que es? La que surge a continuación es: ¿quiénes son los titulares de estos derechos? Para responder a estas preguntas es necesario acudir de nuevo a los tratados.

El TUE hace la primera mención clara a la ciudadanía de la Unión. De este modo, su artículo 9 ya dice que «será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla» (DOUE, 2010a). Sin embargo, el TUE no solo define el carácter de ciudadano, sino que también determina que estos ciudadanos son la base de la UE, ya que su artículo 10 establece que estos ciudadanos serán representados a través del Parlamento Europeo, corolario de la democracia europea y base del funcionamiento de la UE: la legitimidad democrática representativa (DOUE, 2010a).

Si se examina el TFUE, se observa que profundiza en la ciudadanía de la Unión y que dedica a ello su parte II, sobre todo su artículo 20 que, además de recoger lo dicho por el TUE, añade derechos específicos como (DOUE, 2010b):

- Circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
- Sufragio activo y pasivo para el Parlamento Europeo y para las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida.
- Acogerse a la protección diplomática y consular de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que sus nacionales si está en un tercer Estado en el que su país no esté representado.
- Formular peticiones al Parlamento y ser respondido en su lengua.
- Recurrir al Defensor del Pueblo Europeo y ser respondido en su lengua.
- Dirigirse a los órganos consultivos de la UE, al igual que en los casos anteriores, en su propia lengua tanto al preguntar como al ser respondido.
- Dirigirse a las Instituciones de la UE y ser respondido en su propia lengua.

Es decir, la Unión Europea reconoce en sus tratados la ciudadanía de la Unión y al ciudadano de la Unión como un sujeto de derechos y obligacio-

nes, estableciendo un paralelismo entre la forma de concebir la ciudadanía propiamente dicha de un Estado y la concepción europea del mismo. La ciudadanía de la Unión es un hecho incontestable y un carácter más para incrementar el sentimiento europeo de una forma más profunda.

3.2. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) no es un catálogo de derechos de reciente aparición. Tal y como se expone en el prefacio del Tratado de la Constitución Europea, adoptado por la Convención Europea los días 13 de junio y 10 de julio de 2003, fue el Consejo Europeo de Laeken el que convocó una convención europea para tratar sobre el futuro de la UE y le encomendó unas misiones que finalizaron por presentar un proyecto de tratado para la institución de una Constitución para Europa (DOUE, 2010c) y que debían de ser respondidas de forma oficial teniendo en cuenta la gran magnitud de las cuestiones presentadas: 65 preguntas (Borrel *et al.*, 2003: 9).

De este modo, esta convención propuso, entre otras cuestiones, un mejor reparto de competencias entre los Estados miembro y la UE, la fusión de los tratados y la atribución de personalidad jurídica a la Unión (DOUE, 2010c). Desde un punto de vista básico, con estas respuestas habría bastado, pero la convención fue mucho más allá: se dio el «audaz objetivo de elaborar un proyecto de Constitución que fuese la Carta Fundacional de la Europa política y ampliada» (Borrel *et al.*, 2003: 9). Esta no era una cuestión baladí, máxime teniendo en cuenta la ampliación de la UE acontecida al año siguiente, en 2004, donde numerosos Estados del antiguo telón de acero ingresaron en la Unión.

Estructurada en cuatro partes, y con 448 artículos, la Constitución dedicaba la parte II a los derechos fundamentales, donde los enumeraba. Esta relación de derechos buscaba una mayor progresión de su ejercicio dentro de la UE. Por ello, en el preámbulo de la parte II se decía que su propósito era «reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos» y establecía que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación» (DOUE, 2010c). Una de las cuestiones más importantes objeto de debate durante la confección de esta

parte fue su carácter vinculante, ya que no todos los países querían esa vinculación¹⁷ (Borrel *et al.*, 2003: 211).

Esta parte II —Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión— contaba con 7 títulos y 54 artículos en los que se recogían los derechos fundamentales tradicionales. El artículo II-51 era el que delimitaba el ámbito de aplicación de esta carta dentro de la nueva Constitución Europea y decía, en su apartado 1, que sus disposiciones estaban dirigidas a (DOUE, 2010c):

- Instituciones, organismos y agencias de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad.
- Los Estados miembros, aunque solo cuando aplicaran el derecho de la Unión.

Además, el apartado 2 dejaba claro que esta Constitución «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión», por lo que no crea nuevas competencias ni modifica las existentes (DOUE, 2010c).

De esta forma, el 12 de enero de 2005, en el Parlamento Europeo se procedió a votar una resolución en la que se recomendaba a los Estados miembros la ratificación de esta Constitución que tuvo un resultado muy positivo de quinientos votos a favor de cara a su ratificación. Esto no fue suficiente ya que, posteriormente, en las sedes nacionales —Francia el 29 de mayo de 2008 y los Países Bajos el 1 de junio de 2005— rechazaron este proyecto de Constitución Europea y, con ello, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (Parlamento Europeo, s. f.).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) es un documento que contiene provisiones de derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza (Eurlex, 2022).

Cronológicamente hablando, el 12 de diciembre de 2007 se publicó una revisión de la CDFUE en Estrasburgo, justo antes de la firma del Tratado de Lisboa (DOUE, 2007). Pocos días después, el 13 de diciembre, se firmó el Tratado de Lisboa en presencia del presidente del Parlamento Europeo, en ese momento Hans Gert Pottering; el presidente de la Comisión Europea, José Manuel Barroso; y el primer ministro portugués, José

¹⁷ Curiosamente, el principal opositor era el Reino Unido, hoy fuera de la UE (Borrel *et al.*, 2003: 211)

Sócrates Carvalho, a su vez presidente del Consejo Europeo (Parlamento Europeo, s. f.).

Hasta ese momento, la carencia de esta relación de derechos suponía una expresión más del llamado «déficit democrático» de la Unión Europea. Con unos tímidos inicios, el Tribunal Europeo de Justicia de las Comunidades Europeas comenzó a recogerlos como «principios generales» del derecho comunitario, haciendo referencia al Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) y a las constituciones nacionales. Así figuraba en el Tratado de Maastricht de 1992. De esta forma, y aunque con cierta aceptación del sistema establecido, en 1999 se adoptó la decisión de que el Consejo Europeo de Colonia preparara una relación o declaración de derechos, si bien esta decisión no declaraba el estatuto jurídico definitivo de la norma. Se constituyó una especie de conferencia, denominada convención, que llevó a la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el 7 de diciembre de 2000 (Barbero, 2003: 943-946).

Carente de obligatoriedad y vinculado con la Constitución, hasta el Tratado de Lisboa la CDFUE no adquiere valor jurídico. Este Tratado incorpora la CDFUE al derecho originario o primario de la Unión por la vía de la remisión o reenvío (Quesada, 2009: 68). De esta manera, el artículo 6.1. del TUE dispone que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados» (DOUE, 2010a).

De esta forma, la CDFUE se ha convertido en un elemento básico, tal vez el que más según Quesada (2009: 81), para dotar de mayor visibilidad constitucional a la Unión, ya que con su carácter vinculante se «elimina cualquier duda sobre su naturaleza constitucional» (Callejón, 2007: 26).

Como la CDFUE da visibilidad a los derechos fundamentales, se puede decir que contribuye a desarrollar el concepto de ciudadanía de la Unión y, de esta manera, también a la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia. Además, constituye el primer instrumento internacional que reúne en un mismo texto derechos civiles y políticos con derechos económicos, sociales y culturales, es decir, de primera y segunda generación (Barbero, 2003: 958). La versión actualizada de la carta fue firmada por el presidente del Parlamento Europeo Hans-Gert Poettering, el presidente de la Comisión Europea, José Manuel Barroso, y el primer ministro portugués José Sócrates Carvalho, presidente del Consejo Europeo en aquel entonces.

No forma parte del Tratado de Lisboa (estaba previsto que formara parte de la Constitución Europea, pero, al no aprobarse esta, se modificó

la previsión), pero por la remisión en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea tras la reforma de Lisboa se hace vinculante para todos los Estados, salvo para los dos citados.

Por primera vez se han reunido en un único documento todos los derechos que hasta ahora se repartían en distintos instrumentos legislativos como las legislaciones nacionales y los convenios internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo.

Respecto a su estructura, la CDFUE es un texto breve, de redacción clara, con los contenidos elementales de cada derecho para que estos sean perfectamente comprensibles, sin entrar en detalles y/o definiciones (Martín, 2008: 68). Durante la confección de la carta, el primer consenso al que se llegó fue considerar que lo redactado en Niza no debía ser alterado en lo relacionado con los derechos, es decir, los primeros cincuenta artículos (Borrel *et al.*, 2003: 211-212).

Con siete títulos, agrupa los derechos en torno a una serie de «valores o nociones que rubrican dichos títulos» (Quesada, 2009: 73). Tanto su estructura como la forma de denominar resultan novedosas dentro del campo de la protección interna e internacional de los derechos humanos (Barbero, 2003: 956). En consecuencia, presenta la siguiente organización:

- Preámbulo. Con un claro carácter introductorio, establece el fundamento (dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad) y base (principios de democracia y el Estado de Derecho) de la Unión. Además de los derechos que se reconozcan en los tratados, reafirma los derechos que proceden de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, así como los tratados y convenios internacionales, entre los que destaca el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas (DOUE, 2010c).
- Título I. Designado como «dignidad», comprende los artículos del 1 al 5 y se centra en la dignidad humana, en el derecho a la vida, en la integridad física y psíquica y en la prohibición de esclavitud, trabajos forzados y tortura como atentatorio contra esa dignidad humana. Podría decirse que es el núcleo central de los derechos reconocidos en la CDFUE, todos ellos inherentes al ser humano y previstos en el CEDH y en las Constituciones de los Estados miembros (Tomás, 2002: 139).
- Título II. Este título lleva por nombre «libertades». Tiene 14 artículos, del 6 al 19, y plasma derechos desde la libertad y seguridad

hasta la protección de la persona en casos de devolución, expulsión y extradición (DOUE, 2010c). Basado en las Constituciones nacionales y en el CEDH, recoge los «derechos civiles propios de la persona insertada en una sociedad democrática y las libertades públicas tradicionales en un Estado de derecho» (Tomás, 2002: 139). Además, el artículo 12 de la CDFUE, que recoge el derecho de reunión y manifestación, establece (DOUE, 2010c):

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión».

- Título III. Igualdad. Con 7 artículos, del 20 al 26 (DOUE, 2016). Según Tomás (2002: 139), se recoge el principio de igualdad ante la ley seguido del de no discriminación por partida doble. De este modo, en este título figuran la no discriminación (artículo 21), la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 23) y los derechos del niño (artículo 24), entre otros (DOUE, 2010c).
- Título IV. Solidaridad. Con premisas sobre derechos sociales y laborales, contiene 12 artículos, del 27 al 38. En este título no hay enunciados absolutos, sobre todo respecto al derecho a la vivienda o al trabajo, lo que evita un posterior desprestigio de la autoridad en caso de no garantizar dichos derechos (Barbero, 2003: 958). Este articulado se puede considerar basado en la Carta Social Europea y en normas comunitarias preexistentes (Tomás, 2002: 140).
- Título V. Ciudadanía. Compuesto por los artículos del 39 al 46, nos muestra el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales, derecho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos, Defensor del Pueblo, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia y, finalmente, protección diplomática y consular (DOUE, 2010c). Este título es percibido como «el más interesante de cara a la aplicación judicial de la carta [...]» (Tomás, 2002: 140) dadas las interpretaciones de carácter extensivo de derechos que realiza. Aquí se plantea la controversia con el principio de universalidad de derechos que se cita en el propio preámbulo, ya que finalmente los

derechos no son inherentes a la persona, lo que establece un factor de discriminación sobre los residentes en la Unión Europea (Barbero, 2003: 960).

- Título VI. Justicia. Continúa inspirado en el CEDH (Tomás, 2002: 140). Con los artículos 47 a 50 se establecen derechos como la tutela judicial efectiva, el juez imparcial, la presunción de inocencia o la concreción del principio *non bis in idem* (DOUE, 2010c).
- Título VII, con los artículos 51 a 54. Establece el ámbito de aplicación (que se ve con más detalle en el apartado siguiente), el alcance e interpretación de derechos y principios, y la protección y la prohibición del abuso del derecho. Son las disposiciones de interpretación y aplicación (DOUE, 2010c). Este título fue el más complicado de redactar y las discusiones del grupo de trabajo que elaboró la carta se centraron en él (Borrel *et al.*, 2003: 212).

Su ámbito de aplicación se recoge en el título VIII que establece, de acuerdo con el artículo 51¹⁸, que la CDFUE se aplicará únicamente en los siguientes casos:

- Cuando la acción vulneradora es cometida por instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea.
- En el caso de los Estados miembros, únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión.

El artículo anterior, junto con el 52¹⁹, reciben el nombre de horizontales y procuran mantener las competencias estatales y las europeas. La CDFUE

¹⁸ Artículo 51: Ámbito de aplicación.

«1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados».

¹⁹ Artículo 52: Alcance e interpretación de los derechos y principios.

«1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

no pasa a ser un derecho interno para la defensa de los ciudadanos, independientemente de que sea el mínimo común de la UE y de que, por tanto, debería influenciar los derechos nacionales (Borrel *et al.*, 2003: 213-214). Por ello, ni se conceden más competencias para la UE ni las ejercidas por la Unión pueden ir más allá de lo establecido. Los cambios de redacción de este artículo obedecen a la idea de «afianzar las competencias nacionales» cuadrando con el principio general de subsidiariedad (Barbero, 2003: 976). Por otra parte, según Quesada (2009:77), la presencia de este artículo presenta un doble objetivo: por una parte, respetar la distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros y, por otra, evitar la aparición de nuevos derechos a través de la acción judicial tanto europea como nacional.

Respecto al artículo 52, el primer aspecto que hay que resaltar sobre él es que fue el más «discutido y discutible» de todos los que aparecen en la CDFUE (Borrel *et al.*, 2003: 215).

En su apartado primero establece las condiciones de excepción o limitación del ejercicio de derechos mediante una cláusula final, con lo que puede dar lugar a una pérdida de valor específico de esta CDFUE al realizar esta limitación mediante ley (Barbero, 2003: 963). Además de esta reserva de ley, es preciso el respeto del contenido esencial del derecho, la observancia del principio de proporcionalidad y la concurrencia de objetivos de interés general o la necesidad de protección de los derechos de los demás, según Castillo (2001: 65).

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros».

Además, y retomando la idea de lo discutido del artículo en fase de elaboración, es necesario decir que algunos de los países, curiosamente el Reino Unido, presentaban reticencias a que la CDFUE pudiese interferir en su derecho interno, lo cual fue solventado con lo dispuesto en el artículo 52.4. Otra cuestión que es necesario tener en cuenta fue la diferencia entre principios y derechos. Esto ocurre sobre todo en el aspecto social de la CDFUE, donde en numerosas ocasiones se remite a las normas nacionales, por lo que queda claro que estos principios «solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos», tal y como figura en el artículo 52.5. (Borrel *et al.*, 2003: 214-216).

En cuanto a la protección de los derechos recogidos en la CDFUE, es el artículo 53²⁰ el que se considera que recoge este asunto. Inicialmente, se puede decir que la CDFUE delega esa posible protección a otro mundo jurídico, el incluido en el CEDH, que está en continua evolución dadas las interpretaciones jurídicas realizadas constantemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien se hace necesario aclarar que tanto el CEDH como la CDFUE tienen una visión distinta de esta protección:

- El CEDH es adicional a la protección estatal, es externo a los Estados.
- La CDFUE controla desde el interior de la UE el respeto a los derechos sin olvidar las limitaciones explicadas anteriormente sobre ámbito y alcance (Barbero, 2003: 985-986).

Sin embargo, lo que realmente interesa a efectos prácticos es conocer las vías de protección que el sujeto del derecho, el ciudadano europeo, tiene respecto los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE. De este modo se pueden considerar vías jurisdiccionales y vías no jurisdiccionales.

Dentro de las vías jurisdiccionales se encuentran diversos niveles. En primer lugar, aparece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si bien, y debido a las dificultades de acceso a los ciudadanos, presenta muchas limitaciones y por eso no se considera un auténtico protector de

²⁰ Artículo 53: Nivel de protección.

«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

los derechos fundamentales (Cabrero, 2015). Este tribunal es el utilizado en aquellos casos en los que un particular o una empresa quiere someter su cuestión como respuesta a un acto de las instituciones europeas que vulnera sus derechos fundamentales (European Justice, 2019). Esta sería la vía jurisdiccional *sensu strictu* de la UE, ya que las que se van a ver a continuación no pertenecen a esta organización. Siguiendo lo establecido en la CDFUE, aparece la posibilidad de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), perteneciente al CEDH, pero fuera del ámbito de la UE, ya que a día de hoy no se ha conseguido la adhesión al CEDH de la UE, que continúa en trámite, sobre todo desde el dictamen del TFUE de 18 de diciembre de 2014 sobre esa adhesión (CECUE, 2022). Es decir, un ciudadano de la UE que considere sus derechos fundamentales vulnerados puede acudir al TEDH, pero no por su condición de ciudadano europeo, sino por su condición de nacional de un país que está adherido al CEDH. Por último, y ya en el ámbito nacional, existen los tribunales nacionales, sobre todo los constitucionales, que quedan fuera del ámbito de la UE por completo y que están especialmente dedicados a la infracción de derechos fundamentales por parte del Estado objeto de estudio.

Sobre las vías no jurisdiccionales se puede hablar de la Comisión Europea que, aunque no es un órgano jurisdiccional, sí puede contactar o influir en las autoridades nacionales para que el derecho nacional sea conforme al europeo. De ahí el sobrenombre de la Comisión de «guardiana de los tratados» (European Justice, 2019). Además de la Comisión, y aún en el ámbito europeo, se puede incluir al Defensor del Pueblo Europeo, que «investiga las reclamaciones contra las instituciones, organismos, oficinas y agencias de la UE» (Unión Europea, s. f.). No tiene atribuida la defensa de los derechos fundamentales —como generalmente ocurre con sus homónimos nacionales—, pero derivado de actos de instituciones europeas se podría llegar a ello. Por último, dentro del ámbito nacional, la figura del Defensor del Pueblo.

4 . CONCLUSIONES

La UE es una organización internacional europea que comenzó su andadura, de forma embrionaria, con la finalización de la Segunda Guerra Mundial y que tiene uno de sus orígenes en la unión de diversos Estados para gestionar la ayuda económica proveniente de los Estados Unidos para paliar la desastrosa situación europea tras la finalización del mayor conflicto bélico que ha tenido la humanidad en su historia. Sin embargo, otra de

las causas que han determinado su existencia ha sido la ambición de algunos países que pretendieron una unión más política que se caracterizara por la defensa de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho.

De las dos líneas de desarrollo de la futura UE, fue la primera, o económica, la que se puede decir que prosperó con más rapidez, de forma que en la década de 1950 se crearon varias organizaciones internacionales de ámbito europeo como la CECA, la CEE y Euratom. Se pueden y deben considerar estas organizaciones como matrices de la actual UE, que nace, jurídicamente hablando, en 1992 mediante la firma del Tratado de Maastricht, donde se instauraron sus tres pilares, aunque el auténticamente comunitario o supranacional era el primero, el relacionado con aspectos económicos. La UE fue creciendo en tamaño y, en el año 2004, se dio un primer intento por lograr una mayor unidad política incluyendo los tratados fundacionales y, por fin, un catálogo de derechos fundamentales en lo que sería la fallida Constitución europea, intento que no prosperó. Estos tratados, a su vez y como base jurídica de la UE, también fueron evolucionando a lo largo de los años. Desde luego, desde un principio establecieron que las funciones esenciales de los Estados seguirían siendo propias de los Estados y configuraron el sistema de asunción de competencias por la UE, basado en los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad; los tipos de competencias; las instituciones de la UE que las podían desarrollar, como el Parlamento Europeo (que ha ido ganando en importancia en los últimos años), el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea; y los procedimientos, más o menos complicados, de elaboración de normas. Sin embargo, nada se dice del establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales hasta la llegada del Tratado de Lisboa. Es decir, la UE ha perfeccionado al máximo la integración económica, pero la integración política que podría suponer ese catálogo ha tardado más de veinte años si tenemos en cuenta que ya se mencionaron los derechos fundamentales de los europeos en el Acta Única Europea de 1986 y no se establecieron hasta el 2007, año en el que se aprobó el Tratado de Lisboa. Aun así, se puede decir que esto se hizo de una forma *sui generis* y apoyándose en una organización internacional como es el Consejo de Europa.

El componente nacional en la UE sigue siendo importantísimo y la soberanía estatal se mantiene intocable en determinados aspectos, tal y como previenen los tratados. Desde luego, en el aspecto económico se ha conseguido un avance sin igual donde se podría hablar perfectamente de un federalismo claro, muy logrado, de esos «Estados Unidos de Europa», donde la UE ejerce todas las competencias posibles y donde las políticas de los Estados quedan supeditadas a ella. No obstante, a nivel político la

cosa cambia. La tardanza, no sin obstáculos, en la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales que dé esa pátina democrática a la UE; la adopción del mismo por la vía de la incorporación a los tratados de una forma indirecta (y no como podría haber ocurrido con la fallida Constitución europea, que inicialmente se sometió a las votaciones de la población de los Estados miembros, aunque no votaran todos); la remisión que la propia UE hace al Consejo de Europa, al CEDH y al TEDH; y su ámbito de aplicación, que convierte a estos derechos fundamentales en limitados —solo aplicables en el ámbito de la UE—, hacen que esta Carta no devengue todo lo eficaz que debiera al carecer de esa inmediatez propia de las Constituciones nacionales, lo cual es realmente contradictorio, ya que estos derechos se han considerado la base de la UE. Esto lleva a hacer un paralelismo con lo ya mencionado sobre el propio estatus de la UE y, guardando las distancias, se puede afirmar que la UE es una federación en todo lo relacionado con lo económico, pero una confederación en lo político si se hace referencia a los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ARACIL, R., *et al.* (1998). *El mundo actual: de la Segunda Guerra Mundial a nuestros días*. Edicions Universitat de Barcelona.
- BARBERO, F. J. R. (2003). La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto consitucional. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7 (16), pp. 943-992.
- BARNES, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración pública*, (135), pp. 495-538.
- BORRELL, J., CARNERO, C., y LÓPEZ GARRIDO, D. (2003). Construyendo la Constitución Europea. *Crónica Política de la Convención*. Madrid, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos.
- CABALLERO, F. V. (2011). Un ejemplo de funcionamiento de la *preemption* norteamericana: la regulación de la inmigración. *Revista d'estudis autonòmics i federals* 13, pp. 11-50.
- CABRERO, M. R. (2015). *Análisis jurisprudencial de la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea* [en línea]. [Trabajo de Fin de Grado]. Universidad de Valladolid. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/14555>

- CALLEJÓN, F. B. (2007). La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa. *Revista de derecho constitucional europeo*, 8, pp. 11-42.
- COMISIÓN EUROPEA (s. f. a). *La Comisión* [en línea]. Comisión Europea. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://commission.europa.eu/about-european-commission_es
- (s. f. b). *Cómo está organizada la Comisión*. [en línea]. Comisión Europea. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/organisational-structure/how-commission-organised_es.
- COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN [CEDGC] (2020). *The EU in 2019: general report on the activities of the European Union*, [en línea]. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2775/335616>
- CONSEJO EUROPEO CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA [CECUE] (2020). *Formaciones del Consejo*, [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/configurations/>
- (2022). *El Consejo de la Unión Europea* [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/>.
- CUSTODIO, Á. (1979). *La política internacional de los Estados Unidos: Del aislacionismo a la Doctrina Truman* [en línea]. Universidad de Salamanca. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/24060/THV~N55~P64-67.pdf?sequence=3>.
- DELAGE, F. (1997). Joya de Archivo: Cincuenta años de Truman [en línea]. *Política Exterior*, 56. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://www.politicaexterior.com/articulo/cincuenta-anos-de-la-doctrina-truman/>.
- ECURED (s. f.). *Potencias del Eje en la Segunda Guerra Mundial*. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://www.ecured.cu/Potencias_del_Eje_en_la_Segunda_Guerra_Mundial.
- ENCICLOPEDIA DE HISTORIA (2022). *Aliados de la Segunda Guerra Mundial*. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://enciclopediadehistoria.com/aliados-de-la-segunda-guerra-mundial/>
- EUR-LEX EL ACCESO AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (s. f.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=ES>.

- EUROPA (s. f.). *Expiración del Tratado de la CECA*. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://europa.eu/ecsc/index_es.htm.
- EUROPARL (2005). *La Constitución Europea*. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/Europe2004/textes/2005-01-10-brochure-constitution-es-v02.pdf>
- EUROPEANJUSTICE(2019). *Derechos Fundamentales*. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_fundamental_rights-176-es.do#:~:text=En%20la%20Uni%C3%B3n%20Europea%2C%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20los,de%20los%20Derechos%20Fundamentales%20de%20la%20Uni%C3%B3n%20Europea
- EUROPEAN MOVEMENT INTERNATIONAL (s. f.) *History*. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://europeanmovement.eu/who-we-are/history/>.
- EUROPEAN UNION (s. f.). *Schuman declaration May 1950*. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_en.
- GALETTA, D. U. (1998). El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, pp. 75-118.
- LUGATO, M. (1991). Principio di proporzionalità e invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 30, 1, p. 67.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2002). La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 6(12), pp. 343-391.
- MARTÍN, A. M. (2008). *La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y el Estado Autonómico.
- MCMAHON, R. (2009). *La guerra fría. Una breve introducción*. Madrid: Alianza.
- MINISTÉRIO DE NEGÓCIOS ESTRANGEIROS (s. f.). *Brexit – A saída do Reino Unido da União Europeia*. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://portaldiplomatico.mne.gov.pt/politica-externa/brexit>.
- MOVIMIENTO EUROPEO CONSEJO FEDERAL ESPAÑOL [MECFE] (2015). *En Messina, los líderes resucitaron el proyecto de unión política*. [Consulta: 2024]. Disponible en: <http://www.movimientoeuropeo.org/en-messina-los-lideres-resucitaron-el-proyecto-de-union-politica/>.
- ORGANISATION FOR EUROPEAN ECONOMIC CO-OPERATION [OECD] (s. f.). *OECD Home*. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://>

- www.oecd.org/general/organisationforeuropeaneconomicco-operation.htm.
- PICHEL, M. (9 de noviembre de 2019). Muro de Berlín: por qué cayó hace 30 años y como su desaparición cambió el mundo [en línea]. *BBC News Mundo*. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-50214151>.
- QUESADA, L. J. (2009). La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos. *Cuadernos europeos de Deusto*, 40, pp. 63-83.
- SALGUERO, V. M. G. (2019). *Temario de Ingreso Guardia Civil Escala de Cabos y Guardias Tomo I*. Yeles: Ediciones García Salguero.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), C-24/90, de 16 de octubre de 1991.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), C-443/02, de 15 de julio de 2004.
- TOMÁS, F. (2002). La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: estructura, ámbito de aplicación, invocabilidad y contenido. *Anuario de Derecho Europeo*, 2, pp. 137-163.
- UNIÓN EUROPEA (s. f. a). *Historia de la Unión Europea 1945-1959* [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59_es.
- (s. f. b). *Historia de la Unión Europea 1990-1999* [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1990-99_es
- (s. f. c). *Historia de la Unión Europea 2000-2009* [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/2000-09_es.
- (s. f. d). *Winston Churchill: defensor de los Estados Unidos de Europa* [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/eu-pioneers/winston-churchill_es#:~:text=Winston%20Churchill%2C%20el%20ex%20primer%20ministro%20brit%C3%A1nico%20que,construir%20una%20especie%20de%20Estados%20Unidos%20de%20Europa%C2%BB.
- (s. f. e). *Países que utilizan el euro* [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/euro/countries-using-euro_es.
- (2007). Tratado de Lisboa. *Diario Oficial de la Unión Europea* [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/TratadoLisboa/TratadoLisboa.pdf>

- (2010a). Tratado de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea* [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>
- (2010b). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [en línea]. *Diario Oficial de la Unión Europea*. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>
- (2010c). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en línea]. *Diario Oficial de la Unión Europea*. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>

NOTICIAS DE REVISTAS

NOTICIAS DE REVISTAS

Francisco Luis Pascual Sarriá
General auditor director de la REDEM

Sumario:

A) Derecho penal y procesal. B) Derecho Administrativo. C) Derecho Constitucional. D) Derecho Internacional Público. E) Derecho Militar Operativo.

Resultan de interés los siguientes artículos publicados en revistas especializadas en derecho:

A) DERECHO PENAL Y PROCESAL

En la *Revista General de Derecho Penal*, núm. 40 (noviembre 2023):

- «Algunos problemas aparentes de aplicación de la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas: la comunicabilidad y la analogía», de Antonio Rodríguez Molina.

En el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año 2023, tomo LXXVI, 2023:

- «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el ciberespacio. Especial mención a la prueba pericial digital», de Ángela Casals Fernández.

En la revista *La ley penal*:

- *revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Octubre 2023, número 164: «Conformidad material y juicio equitativo», de Carlos Miguel Bautista Samaniego, y «La prevaricación administrativa

omisiva del artículo 404 CP: líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», de Vicente Magro Servet.

En la revista *La ley penal*:

- *revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Noviembre/diciembre 2023, número 165: «El guardián de Gotham. De software predictivos y derechos fundamentales: ¿el fin de la inteligencia artificial al servicio del crimen?» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 16 de febrero de 2023), de Andrea Bravo Bolado; y «Derecho al proceso debido. Efectos de su inobservancia. Regularidad y licitud de la prueba (Comentario a la STS núm. 431/2023, de 1 de junio)», de Paz Bonmatí Ortega.

En la *Revista General de Derecho Procesal*, número 61 de enero de 2023:

- «Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. La problemática de su dimensión temporal», de Alberto Varona Jiménez; y «Garantías esenciales de la defensa a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de los estados miembros», de Tomás Palau Font.

En la revista *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2023:

- «El nuevo delito de desobediencia del art. 438 bis CP introducido por LO 14/2022», de Javier Muñoz Cuesta.

En la revista *Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2023:

- «Análisis de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción», de Ana Isabel Serrano Esteban.

En la revista *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2023:

- «Las escuchas a presos sin resolución judicial», de Javier Lapeña Azurmendi.

En *Diario La Ley*, N.º 10403, 2023:

- «El delito omisivo y la comisión por omisión», de Anna Cócera Saló.

En *Diario La Ley*, N.º 10406, 2023:

- «El artículo 390 del Código Penal. Delito de falsedad en documento oficial», de Fidel Ángel Cadena Serrano.

En *Diario La Ley*, N.º 10413, 2023:

- «La prueba pericial psicológica de la valoración del testimonio en el proceso penal», de Vicente Magro Servet.

B) DERECHO ADMINISTRATIVO

En *Diario La Ley*, N.º 10401, 2023

- «Los militares y la defensa de la Constitución», de Pedro Moreno Brenes.

En la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 228, de 2023:

- «El procedimiento administrativo común. Vicios procedimentales», de Luis Cosculluela Montaner; y «Los derechos de los contratistas en la normativa contractual», de María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo.

C) DERECHO CONSTITUCIONAL

En *Diario La Ley*, N.º 10413, 2023:

- «¿Amnistía como ley general?», de Carlos Pérez del Valle.

En la *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2023, año n.º 43, número 129:

- «Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad», de Fernando Simón Yarza.

En la *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 39, abril 2023:

- «¿Referéndum unilateral de independencia?: la respuesta del Tribunal Supremo británico», de Susana Sánchez Ferro;
- «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», de Patricia Rodríguez-Patrón Rodríguez;
- «La abstención y recusación de los magistrados constitucionales: algunas consideraciones sobre los últimos cambios en la jurisprudencia constitucional», de Luis Esteban Delgado del Rincón.

D) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

En la *Revista General de Derecho Penal*, núm. 40 (noviembre 2023):

- «El crimen de agresión en el Estatuto de Roma: limitaciones derivadas de su definición y de las condiciones para el ejercicio de la competencia», de Miren Odriozola Gurrutxaga.

En el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año 2023, tomo LXXVI, fascículo 1 de enero 2023:

- «Derecho penal y Derecho internacional de los derechos humanos: propuesta para una (mayor) aproximación metodológica», de Jon Mirena Landa Gorostiza.

En la *Revista General de Derecho Procesal*, número 61 de enero de 2023:

- «La trata de seres humanos como crimen de ius cogens y su implicación en la jurisdicción universal», de Juan Manuel García Martínez.

E) DERECHO MILITAR OPERATIVO

En la revista *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. 61 No. 1, julio 2023:

- «The application of the principle of precautions to cyber operations»¹, de Yunus Emre Gül; y «Challenges of applying the law of naval warfare in non-international armed conflict at sea»², de Martin Fink.

En la revista *Military Review*, noviembre 2023: «The Convergence Algorithm»:

- Leveraging Artificial Intelligence to Enable Multidomain Operations»³, del teniente coronel Michael Kim; y «Coercive Strategies and Their Inertial Considerations»⁴, del teniente coronel Darin S. Elgersma.

¹ La aplicación del principio de precaución a las operaciones cibernéticas

² Desafíos de la aplicación del derecho de la guerra naval en los conflictos armados no internacionales en el mar

³ El algoritmo de convergencia: aprovechamiento de la inteligencia artificial para permitir operaciones multidominio

⁴ Las estrategias coercitivas y sus consideraciones inerciales

NOTICIAS

DOS TESIS DOCTORALES SOBRE DERECHO MILITAR

Fernando García-Mercadal y García-Loygorri
General auditor y doctor en Derecho

El 15 de noviembre de 2023, en la Universidad Carlos III de Madrid, el comandante auditor Alejandro Javier Fernández Ferrer, secretario de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, defendió su tesis doctoral *La codificación penal militar en España. Principio de especialidad y principio de complementariedad en la ley penal militar española*. Ha dirigido la tesis el catedrático de Derecho Penal Francisco Javier Álvarez García. El tribunal calificador estaba formado por el catedrático de Derecho Penal Jacobo Dopico Gómez-Aller, la profesora titular de la misma disciplina Beatriz López Lorca y el doctor en Derecho y en Ciencias Políticas, y general auditor Fernando García-Mercadal. El nuevo doctor obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude*.

La tesis aborda, desde la perspectiva de la teoría general del delito y sus elementos esenciales, la evolución de la norma punitiva castrense tomando como punto de partida el primer Código de Penal del Ejército de 1884 y concluyendo con el actual Código Penal Militar de 2015. El autor examina detenidamente cada texto punitivo y lo pone en relación con su contexto histórico, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en el momento de su aplicación, así como nuestro vigente ordenamiento jurídico penal, prestando particular atención a los principios de especialidad y complementariedad de la norma militar como criterios limitadores y su fundamentación.

El 17 de noviembre de 2023, el comandante auditor y secretario relator del Juzgado Togado Militar Central número 2 de Madrid, José Jáudenes Pi-ferrer, defendió en la Universidad de Zaragoza la tesis doctoral *El estatuto jurídico internacional del buque de guerra. Análisis de su doble condición, como objeto de regulación e instrumento del Estado*. Con un enfoque maritimista, el trabajo de investigación analiza la figura de los buques de guerra como principales agentes del Estado en el mar. Se explican nociones como territorio nacional, espacios marítimos o la propia naturaleza jurídica del buque de guerra para centrar luego la atención en la inmunidad de la que gozan para el correcto desarrollo de sus cometidos. Tras un breve análisis de los distintos tipos de operaciones que los buques de guerra están llamados a realizar, el nuevo doctor centra la atención en la lucha contra la piratería marítima, los delitos contra la seguridad de la navegación, el tráfico de drogas y el tráfico de seres humanos. Se analizan históricamente estas figuras y la regulación actual, tanto internacional como nacional, así como los problemas que plantea la extensión de la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar estos delitos de persecución universal. En la última parte se estudian las limitaciones que, derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tienen los buques de guerra en todas las operaciones que realizan cuando actúan como agentes del Estado.

El director de la tesis ha sido el catedrático de la Universidad de Zaragoza Sergio Salinas Alcega. Formaron parte del tribunal Valentín Enrique Bou Franch, catedrático de la Universitat de València (presidente), el general consejero togado y magistrado del Tribunal Supremo Fernando Marín Castán y, actuando como secretaria, M^a Carmen Tirado Robles, catedrático de la Universidad de Zaragoza, que otorgaron al comandante Jáudenes un sobresaliente *cum laude*.

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado mayor del Consejo de Estado

Sumario

Comentario general de doctrina legal: 1 El trámite de aprobación previa. 2 Sobre la creación de la figura de las afectaciones aeronáuticas al planeamiento. 3 El principio de riesgo y ventura.

1. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1.1. EL TRÁMITE DE APROBACIÓN PREVIA.

La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en su artículo 26.5 previene que:

«Asimismo, cuando la propuesta normativa afectara a la organización administrativa de la Administración General del Estado, a su régimen de personal, a los procedimientos y a la inspección de los servicios, será necesario recabar la aprobación previa del Ministerio de Hacienda y Función Pública una vez emitidos el resto de informes que conformen el expediente, a excepción en su caso del dictamen del Consejo de Estado, y antes de ser sometida al órgano competente para promulgarla. Si transcurridos 15 días desde la recepción de la solicitud

y de los textos definitivos de la propuesta no se hubiera formulado ninguna objeción, se entenderá concedida la aprobación».

El Consejo de Estado no ha dejado de señalar una práctica extendida con ocasión de los procedimientos de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general consistente en la desnaturalización del trámite de la aprobación previa.

En concreto, en el dictamen 553/2023, de 20 de julio de 2023, dijo que, conforme con las previsiones del precepto transcrito de la Ley 50/1997, la aprobación previa se configura como un informe de perfiles singulares y objeto limitado. No se trata —pese a su nombre— de una aprobación, esto es, de una modalidad de autorización, pues ni se emite *ex post* —una vez emanada la norma— ni impide la continuación del procedimiento de su elaboración. Se trata de un informe cuyo objeto, como se ha dicho, está limitado a cuestiones de organización administrativa, de personal y de procedimientos. Su razón de ser está en la necesidad de coordinar las actuaciones de la Administración General del Estado en esas concretas materias de organización interna. Habida cuenta su objeto legalmente determinado, a través de la aprobación previa no se pueden formular consideraciones ajenas a esas materias. No se trata de un informe general del departamento encargado de las competencias de organización administrativa y función pública. No puede comprender consideraciones sobre materias distintas ni de los órganos que las ejercen ni mucho menos de otros ajenos a ellas, aunque estén residenciados en ese ministerio —como son las fiscales o presupuestarias—. La aprobación previa debe quedar ceñida a lo que es propio y específico. Ello no quiere decir que el departamento a quien corresponde el ejercicio de las competencias objeto de la aprobación previa y sus servicios no pueda formular consideraciones, observaciones y sugerencias de otra índole a los proyectos normativos. Lo que se quiere significar es que estas deberán articularse a través de informes formalmente diferenciados a la aprobación previa y que la expedición de esta no puede quedar supeditada a la aceptación por los órganos que promueven las iniciativas normativas de observaciones y sugerencias que son ajenas su objeto propio.

El Consejo de Estado viene apreciando esta desnaturalización del trámite de aprobación previa en numerosas ocasiones. La situación señalada se plasmó con claridad en el caso del proyecto de real decreto por el que se aprobaba el reglamento postal. De este modo, llamó la atención sobre el hecho de que la mayor parte de las observaciones contenidas en el informe denegatorio de la aprobación previa del Ministerio de Hacienda y Función Pública, el de 17 de febrero de 2023, eran ajenas a su objeto propio. Nada

tenían que ver con esta las atinentes a la inclusión de una sección destinada a regular las normas de calidad de la prestación del servicio postal universal, del servicio de giro entre los postales, de la habilitación al prestador del servicio postal universal para el transporte de fondos de bajo valor y de medicamentos, de la forma de entrega de los envíos postales, de los casilleros domiciliarios y de su gestión, etc.

Por ello, el Consejo concluyó que una adecuada aplicación de las normas y un correcto desenvolvimiento del procedimiento de su elaboración debe llevar a observar de manera escrupulosa los trámites legalmente previstos dando a cada uno de ellos la significación que la ley les atribuye.

1.2. SOBRE LA CREACIÓN DE LA FIGURA DE LAS AFECTACIONES AERONÁUTICAS AL PLANEAMIENTO.

Por otra parte, con ocasión del examen del anteproyecto de ley de modificación de la ley de navegación aérea y de la ley de seguridad aérea, el Consejo formuló diversas consideraciones sobre una figura prevista en el mismo y denominada «afectaciones aeronáuticas al planeamiento».

El Consejo dijo que el anteproyecto abordaba la regulación de las servidumbres aeronáuticas e introducía la categoría de «afectaciones al planeamiento». Según el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 52 de la LNA, estas «condicionan el contenido de los planeamientos de ordenación territorial o urbanística que se aprueben a partir de la entrada en vigor del respectivo plan director para garantizar el desarrollo aeroportuario y del sistema de navegación aérea».

Según explicaba la memoria del anteproyecto, con la introducción de la figura de las afectaciones al planeamiento, antes denominadas propuestas de servidumbres o actuaciones planificadas en la zona de servicio de los planes directores, se pretendía garantizar que el planeamiento territorial y urbanístico futuro quedara condicionado por la planificación de las infraestructuras aeroportuarias y de navegación aérea, de tal manera que no se incluyeran en el planeamiento territorial y urbanístico determinaciones que hicieran inviable el desarrollo futuro de esas infraestructuras.

Este objetivo se venía alcanzando por medio de la aplicación de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional segunda del Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, que exige el informe previo y preceptivo de la Dirección General de Aviación Civil respecto de los proyectos de planes o instrumentos de ordenación urbanística, territorial o de cualquier otra índole que ordenen físicamente el territorio, así como de sus revisio-

nes o modificaciones que incluyan dentro de su ámbito la zona de servicio aeroportuaria o los espacios sujetos a las servidumbres aeronáuticas legalmente establecidas o a las propuestas de servidumbres aeronáuticas, incluidas las acústicas, previstas respecto de las actuaciones planificadas en la zona de servicio de los planes directores.

Sin embargo, a raíz de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2015 (rec. 356/2011), dictada sobre la base de otra del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015 (rec. 2208/2013), referida al control sobre actos singulares —en concreto, a una autorización para la construcción de una nave industrial— por la que se anuló un informe desfavorable emitido por la Dirección General de Aviación Civil respecto del Plan Parcial SUSNO 1-1 Lomo Cardón Industrial por considerar que las propuestas de servidumbres aeronáuticas incluidas en el plan director del aeropuerto de Gran Canaria en las que se basaba eran una mera posibilidad o expectativa futura no materializada mediante la creación de las oportunas servidumbres aeronáuticas y no susceptibles, por tanto, de condicionar el planeamiento territorial y urbanístico, se consideró necesario revisar la regulación legal de esta materia a fin de evitar pronunciamientos similares en el futuro que pudieran poner en riesgo la evolución de las infraestructuras aeroportuarias y de navegación aérea.

El Consejo de Estado compartió la preocupación que ponía de manifiesto el anteproyecto. No obstante, señaló que la inclusión de la figura de las «afectaciones al planeamiento» en pie de igualdad con las servidumbres aeronáuticas, lejos de resolver el problema concreto planteado por las sentencias antes referidas, podía dar lugar a mayor confusión e inseguridad.

En primer lugar, hizo hincapié en que no abundaban las sentencias por las que se anulan los informes de la Dirección General de Aviación Civil sobre los proyectos de planes o instrumentos de ordenación territorial o urbanística emitidos con base en lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre. No se trataba de un problema generalizado, sino al contrario: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2015 —que no fue recurrida ante el Tribunal Supremo—, no había sido seguida por otras similares y tenía en cuenta, a la hora de estimar el recurso planteado, que las propuestas de servidumbres aeronáuticas contenidas en el plan director del aeropuerto de Gran Canaria, aprobado por Orden del Ministerio de la Presidencia de 20 de septiembre de 2001, no habían sido concretadas diez años después en el Real Decreto 417/2011, de 18 de marzo, por el que se actualizaron las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de Gran Canaria-Base Aérea de Gando. Como la propia memoria reconocía, la dis-

posición adicional segunda del Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, había venido aplicándose pacíficamente por las Administraciones territoriales y por los tribunales sin que la existencia de un pronunciamiento aislado en contra parezca justificar la innovación proyectada.

Por otro lado, la nueva figura de afectaciones al planeamiento que se introducía no quedaba perfilada de manera precisa en el anteproyecto. Se echaba en falta, en primer término, su definición. El artículo 52.1 de la LNA define las servidumbres aeronáuticas, pero no esta figura novedosa, y se limita a señalar sus efectos sobre el planeamiento territorial o urbanístico.

Asimismo, se decía que la denominación «afectaciones al planeamiento» podía resultar confusa si lo que se quería era referirse con ella a las propuestas de servidumbres incluidas en los planes directores de los aeropuertos. De la regulación proyectada se extraía que las afectaciones al planeamiento eran previsiones que se incorporaban a los planes directores susceptibles de condicionar el contenido de los planes de ordenación territorial o urbanística que se aprobaran a partir de su entrada en vigor. Sin embargo, debía tenerse en cuenta que el planeamiento territorial y urbanístico no solo se veía afectado por tales propuestas de servidumbres y afectaciones al planeamiento, sino también por las propias servidumbres aeronáuticas y, en general, por todo el contenido de los planes directores aeroportuarios y del Plan Director de Navegación Aérea (así se deriva de los artículos 51bis y 54 de la LNA), por lo que surgían dudas acerca de la diferencia entre las afectaciones al planeamiento y el resto de determinaciones incluidas en los planes directores. Señalaba que servía como muestra de lo dicho: teniendo en cuenta que el artículo 51 de la LNA trata los espacios de reserva que garantizan la posibilidad de desarrollo y crecimiento del sistema de navegación aérea o del aeropuerto como algo distinto de las afectaciones al planeamiento, no está claro si los primeros quedan englobados necesariamente dentro de las segundas y, en caso negativo, la diferente incidencia que unos y otras pueden tener sobre el planeamiento.

En consecuencia y a la vista de lo anterior, el Consejo de Estado sugirió ponderar la conveniencia de incluir en el anteproyecto la figura de las afectaciones al planeamiento. Más cuando el control previo sobre el planeamiento territorial y urbanístico, hasta ahora contenido en el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, se incorporaba a una norma con rango de ley y quedaba reforzado, con lo que además se podía valorar la pertinencia de incluir previsiones adicionales dirigidas a aclarar la incidencia que las propuestas de servidumbres pudieran tener sobre el planeamiento en los

artículos correspondientes a dicho control previo (dictamen 249/2023, de 29 de junio de 2023).

1.3. EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA

El principio de riesgo y ventura de los contratos fue nuevamente objeto de consideración en el dictamen 974/2023, de 14 de diciembre. En él se dijo que los contratos administrativos se califican como contratos de resultado y están presididos por cinco principios rectores: el de libertad de pactos; el de obligatoriedad —que comporta la eficacia vinculante de los pactos y la invariabilidad de sus cláusulas—; el de precio cierto; el de aleatoriedad de los resultados económicos (riesgo y ventura) —que significa que la frustración de las expectativas económicas tenidas en cuenta por el contratista para consentir el contrato no le libera de cumplir lo acordado— y, en relación con determinados contratos como las concesiones de servicios y obra pública, el de limitación de las excepciones a esa aleatoriedad, consistente en reequilibrar la ecuación financiera del contrato en determinados casos.

La obligatoriedad e invariabilidad de los contratos se concreta en la previsión legal de que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas (Código Civil, artículos 1256 y 1258) sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación a favor de las Administraciones Públicas.

La ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista (Ley de Contratos del Sector Público, artículo 215). Eso significa que este asume, con carácter general, las consecuencias de todos los riesgos derivados del cumplimiento de la prestación, salvo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico prevea la cooperación de la Administración contratante con el objeto de restaurar el equilibrio económico-financiero. La noción de riesgo y ventura comporta que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para celebrar el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, por consiguiente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

Este principio comporta el reparto de los riesgos y de las consecuencias derivadas de los eventos que se pueden producir durante su cumplimiento entre la Administración y el contratista. Excluye la aplicación de mecanismos rescisorios —por lesión— o compensatorios de eventuales pérdidas —fuera de los casos legalmente previstos y que no son de aplicación al caso examinado—.

En el caso examinado se hizo hincapié en que el contratista celebró el contrato siendo conocedor del contenido de la prestación —los trabajos que se debían ejecutar— y del precio que se iba a percibir por ella. Es más, habida cuenta la índole del contrato —menor—, asumió de manera consciente que su precio no podía superar el límite cuantitativo legalmente establecido entonces, que era de 18.000 euros. En otros términos, asumió el riesgo inherente al vínculo contraído, quedando constreñido a su cumplimiento —en virtud del principio de obligatoriedad de los contratos—, pese a una posible frustración de sus expectativas de beneficio o ganancias. Las eventuales pérdidas habidas con ocasión del cumplimiento del contrato formaban parte de su alea ordinario o normal; esto es, del conjunto obligatorio a que se comprometió. Por consiguiente, no procede reconocerle indemnización alguna por los eventuales sobrecostes que alega haber sufrido.

Además, en el mismo dictamen (Dictamen 974/2023, de 14 de diciembre) se abordó la cuestión relativa a las consecuencias de la inexactitud de los cálculos de la Administración a la hora de calcular el presupuesto de licitación y se afirmó que:

«Lo dicho no se ve empañado por una eventual inexactitud de la Administración a la hora de calcular el presupuesto de licitación del contrato en atención al número de horas de los facultativos, de la oficina técnica y de los vehículos precisos para ejecutar el contrato. No puede olvidarse que los presupuestos de licitación y los precios desagregados que los integran no vinculan a la Administración salvo en lo tocante al compromiso financiero máximo asumido por ella. Son los licitadores quienes, tras ponderar las circunstancias y costes conforme con sus criterios propios, formulan sus ofertas, quedando obligados por los términos en los que lo hacen. En ningún caso pueden ampararse en el carácter eventualmente inexacto, incompleto o contradictorio de los citados presupuestos de licitación o demás documentación precontractual para exonerarse de sus obligaciones contractuales».

**REVISTA ESPAÑOLA DE
DERECHO MILITAR
NORMAS EDITORIALES**

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar*, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y posteriormente por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho Militar, fundamentalmente Penal, Disciplinario, Administrativo, Internacional, Constitucional, Marítimo, Aeronáutico o Comparado, desde cualquier perspectiva científica ya sea ésta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo, se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad.

La *Revista* tiene una periodicidad semestral y ha quedado indexada en LATINDEX.

Lo publicado en la *Revista Española de Derecho Militar* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la *Revista* es accesible a través del portal del Ministerio de Defensa, www.publicaciones.defensa.gob.es

REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *Revista Española de Derecho Militar* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas, exceptuando los Premios «Querol y Lombardero», que serán publicados.

Las colaboraciones adoptarán la forma de Estudios, que deberán de tener una extensión máxima de 20.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 50 páginas impresas, y mínima de 12.000 palabras correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: *Resumen, Sumario, Desarrollo*.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un *Resumen* del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañada de la correspondiente traducción o *Abstract* en inglés, tanto del resumen como de las palabras claves, o *Keywords*, y el título del trabajo.

El *Sumario* encabezará el artículo, y en él se hará constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura pre-fijada en el *Sumario*. En cuanto al sistema de citas se hará siguiendo las vigentes *Normas de edición y publicación en el Ministerio de Defensa*, conforme a la normativa ISO 690-2013. Las referencias bibliográficas aparecerán en notas a pie de página.

Explicación de las normas de redacción:

- a) Páginas escritas por una sola cara.
- b) Fuente: Times New Roman 12.
- c) Interlineado: 1,5.
- d) Márgenes:
 - Superior: 3 cm
 - Izquierdo: 3,5 cm
 - Derecho: 2,5 cm
 - Inferior: 2,5 cm
- e) Notas: siempre a pie de página. Times New Roman 10.
- f) Referencias bibliográficas, según el modelo ISO 690-2013:

— **Libros o monografías:**

De uno a tres autores, se indicarán todos. Si fueran más de tres se pondrá solo el primero seguido de *et al.* Cita dentro del texto (Gimeno Sendra, 2018).

APELLIDO/S, Nombre. (Año de publicación). *Título del libro en cursiva*. Edición (si no es la 1.^a). Lugar de edición de publicación: Editorial. ISBN (si consta en el libro).

Ejemplo:

GIMENO SENDRA, V. *et. al.* (2010). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. 3^a ed. Madrid: Edisofer, 2018. ISBN: 9788415276746

El nombre de las personas o entidades que realizan una función subordinada (coordinadores, traductores, compiladores, etc.) puede aparecer a continuación del título en el orden que aparece en el documento.

— **Capítulos de monografías, entradas de obras de referencia y contribuciones a congresos:**

APELLIDO/S, nombre del autor/a del capítulo. (Año de publicación). Título del capítulo. En: APELLIDO/S, nombre del autor/a de la obra. *Título de la obra en cursiva*. Edición (si no es la 1.^a). Lugar de edición de publicación: Editorial. Páginas en las que aparece. ISBN (si consta en el libro).

Ejemplo:

PEDRÓS ESTEBAN, A.-T. (2008). *Sostenibilidad ciudadana*. En: Llavería i Arasa, J. (dir: congr.). *Diálogos urbanos: Confluencias entre arte y ciudad*. Valencia: Centro de Investigación Arte y Entorno. Pp. 265-278. ISBN 978-84-690-9563-8.

— **Tesis doctorales y trabajos fin de estudios no publicados:**

APELLIDO(S), Nombre del autor/a. (Año de presentación). Título de la obra en cursiva [Clase de trabajo inédito]. Creador/a secundario/a (p. ej. dirección de la tesis). Lugar de edición: Institución académica donde se presenta.

Ejemplo:

CERRA JUAN, J. C. DE LA. (2022). *El derecho de asociación profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas* [tesis doctoral inédita]. Director: Blesa Aledo, Pablo Salvador. Murcia: Universidad Católica de Murcia «San Antonio».

— **Artículos de revistas y publicaciones periódicas:**

APELLIDO/S, Nombre del autor/a. (Año de publicación). Título del artículo. *Título de la publicación periódica en cursiva*. Lugar de edición de publicación: Editorial. Año, volumen, número, pp. x-xx. ISSN (si está disponible en la publicación).

Ejemplo:

GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA LOYGORRI, F. (2010). Penas, distinciones y recompensas: nuevas reflexiones en torno al derecho premial. *Emblemata. Revista Aragonesa de Emblemática*. Zaragoza: Institución Fernando El Católico. N.º 16, pp. 205-235. ISSN 1137-1056.

— **Referencias bibliográficas de los documentos electrónicos:**

Las referencias de documentos electrónicos se elaborarán siguiendo las mismas pautas establecidas para los documentos impresos citadas arriba. Detrás del título se deberá añadir, entre corchetes, la expresión [en línea]. También se añadirá la fecha de consulta y su disponibilidad en la URL o DOI correspondiente de la manera en que se muestra:

Libros electrónicos:

APELLIDO/S, Nombre autor/a. (Año de publicación). *Título del libro en cursiva* [en línea]. Edición (si no es la primera). Lugar de edición: Editorial (o web donde se aloja). [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso

Ejemplo:

ZURITA, J. (2003). *Anales de Aragón* [en línea]. Canellas López, Á. (ed.), Iso, J. J. (coord.), Yagüe, M^a I. y Rivero, P. Zaragoza: Institución Fernando El Católico. [Consulta: mayo de 2024]. Disponible en: <https://ifc.dpz.es/publicaciones/ver/id/2448>

Capítulos de libros electrónicos:

APELLIDO/S, Nombre autor/a. (Año de publicación). Título del artículo [en línea]. En: *Título del libro en cursiva*. Lugar de edición de publicación: Editorial. Páginas que abarca el artículo. ISBN (si lo hubiera). [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

Ejemplo:

DÍAZ DE DURANA, J. R., GUINOT, E. (2010). El diezmo en la España medieval [en línea]. En: Viader, R. (ed.). *La dime dans l'Espagne médiévale*. FUOC (trad.). Toulouse: Presses Universitaires du Mirail. Pp. 62-88. ISBN 9782810700875. [Consulta: mayo de 2024]. Disponible en: <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/148543/2/EIDiezmoEnLaEspa%C3%B1aMedieval.pdf>

Tesis doctorales y trabajos fin de estudios electrónicos:

APELLIDO/S, Nombre del autor/a. (Año de presentación). *Título de la obra en cursiva* [en línea] [clase de tesis]. Director: Apellidos, Nombre director(es). Lugar de edición: institución académica en la que se presenta. [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

Ejemplo:

MONROY CEA, C. (2018). *Efectos jurídicos, contables y fiscales del convenio de acreedores* [en línea] [trabajo fin de grado]. Zaragoza: Universidad de Zaragoza. [Consulta: 13 de julio de 2018]. Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/69530?ln=es>

Artículos de revistas electrónicas:

APELLIDOS/S, Nombre del autor/a. (Año de publicación). Título del artículo [en línea]. *Título de la revista en cursiva*. Año, volumen o número del fascículo en que está incluido el artículo. ISSN (si lo hay). [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

Ejemplo:

RUSHBY, R. S. (2017). Drones armados y el uso de fuerza letal: nuevas tecnologías y retos conocidos [en línea]. *CES Dere-*

cho. Vol. 8, nº 1 [Consulta: 12 de julio de 2018]. ISSN 2145-7719. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a03.pdf>

Sitios web completos:

Título del sitio web o portal en cursiva [en línea]. (Año). Lugar de edición: Editorial (si está disponible). [Consulta: fecha]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

Ejemplo:

Dialnet [en línea]. (2024). Logroño: Fundación Dialnet. [Consulta: mayo de 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/>

Los trabajos serán enviados a la redacción de la *Revista*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros nº6, 28047 Madrid, preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo-e: emej@oc.mde.es. Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la *REDEM*, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el

caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de «doble referee». A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la Revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Éste se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un tra-

bajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la *REDEM* y se halla pendiente de publicación.

De igual modo a los a los gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el Secretario de la Revista el correspondiente certificado.

ANEXO

INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS

TITULO DE LA OBRA:

OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

(Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...)

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

(Estructura, Coherencia, Fundamentación de las conclusiones)

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

(Originalidad de las tesis o conclusiones)

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADO

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS

latindex



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE DEFENSA

SUBSECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL

