



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

9

Enero-junio 2017

SUMARIO

- La desestimación de la solicitud de indulto por silencio administrativo
José Antonio Jaldo Ruiz-Cabello, coronel auditor
- Revisión en casación de pronunciamientos absolutorios
Antonio Pulido Ortega, coronel auditor
- La evolución de las competencias de la CIDEFO en consonancia
con la implantación del uso flexible del espacio aéreo
Ana Pilar Velázquez Ortiz, comandante auditora
- Naturaleza jurídica de los supuestos de indemnización por el establecimiento
de zonas de interés para la defensa nacional y zonas de seguridad
María Santolaya Estefanía, capitán auditora
- Los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar
Jorge Arangüena Sande, capitán auditor
- La administración digital. Implantación de las nuevas
tecnologías en la jurisdicción militar
Juan Ignacio Navarro Torrecillas, capitán auditor
- Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

9

Enero-junio 2017

SUMARIO

La desestimación de la solicitud de indulto por silencio administrativo

José Antonio Jaldo Ruiz-Cabello, coronel auditor

Revisión en casación de pronunciamientos absolutorios

Antonio Pulido Ortega, coronel auditor

La evolución de las competencias de la CIDEFO en consonancia
con la implantación del uso flexible del espacio aéreo

Ana Pilar Velázquez Ortiz, comandante auditora

Naturaleza jurídica de los supuestos de indemnización por el establecimiento
de zonas de interés para la defensa nacional y zonas de seguridad

María Santolaya Estefanía, capitán auditora

Los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar

Jorge Arangüena Sande, capitán auditor

La administración digital. Implantación de las nuevas
tecnologías en la jurisdicción militar

Juan Ignacio Navarro Torrecillas, capitán auditor

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Francisco Luis Pascual Sarría, coronel auditor

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Hernández-Tejero García, general auditor

Jerónimo Domínguez Bascoy, general auditor

Antonio López Urgoiti, coronel auditor

SECRETARIO

Álvaro Conradi Monner, teniente coronel auditor

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)

Teléfono: 91 3647393

Fax: 91 3647399

Correo-e: emej@oc.mde.es

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES

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

Edita:



<https://publicaciones.defensa.gob.es/>

© Autores y editor, 2017

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

NIPO: 083-15-290-8 (edición en línea)

ISSN: 2444-6807 (edición en línea)

Fecha de edición: noviembre 2017

Maquetación: Ministerio de Defensa

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

Sumario

1. LA DESESTIMACIÓN DE LA SOLICITUD DE INDULTO POR SILENCIO ADMINISTRATIVO	5
<i>José Antonio Jaldo Ruiz-Cabello, coronel auditor, auditor presidente del Tribunal Militar Territorial Segundo</i>	
2. REVISIÓN EN CASACIÓN DE PRONUNCIAMIENTOS ABSOLUTORIOS	23
<i>Antonio Pulido Ortega, coronel auditor, fiscal de la Fiscalía Togada del Tribunal Supremo</i>	
3. LA EVOLUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA CIDEFO EN CONSONANCIA CON LA IMPLANTACIÓN DEL USO FLEXIBLE DEL ESPACIO AÉREO.....	39
<i>Ana Pilar Velázquez Ortiz, comandante auditora</i>	
4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SUPUESTOS DE INDEMNIZACIÓN POR EL ESTABLECIMIENTO DE ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL Y ZONAS DE SEGURIDAD.....	51
<i>María Santolaya Estefanía, capitán auditora</i>	
5. LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO EN EL ÁMBITO MILITAR	69
<i>Jorge Arangüena Sande, capitán auditor</i>	
6. LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL. IMPLANTACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA JURISDICCIÓN MILITAR ...	93
<i>Juan Ignacio Navarro Torrecillas, capitán auditor</i>	
NOTICIAS DE LA ESCUELA MILITAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS..	115

1. LA DESESTIMACIÓN DE LA SOLICITUD DE INDULTO POR SILENCIO ADMINISTRATIVO

José Antonio Jaldo Ruiz-Cabello

Coronel auditor

Auditor presidente del Tribunal Militar Territorial Segundo

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Régimen jurídico y notas características del procedimiento de indulto y del acto de concesión. 3. Plazo de resolución del procedimiento de indulto. 4. Sentido del silencio ante la solicitud de indulto. 5. Efectos del silencio desestimatorio de la solicitud de indulto en la ejecución penal. 6. Conclusiones.

RESUMEN: Se analiza en el presente estudio la desestimación de la solicitud de indulto por silencio administrativo, para lo que se realiza un somero recorrido de la regulación de la gracia de indulto y su procedimiento, seguido de una breve exposición de la de la doctrina jurisprudencial y científica sobre el plazo y el sentido del silencio administrativo y su aplicabilidad a las solicitudes de indulto. Finalmente, se realiza una reflexión acerca del alcance de los efectos desestimatorios del silencio sobre la ejecución penal en los casos en que la pena de prisión se hallase suspendida cautelarmente a causa de la tramitación del indulto.

1. INTRODUCCIÓN

El indulto, como forma anormal de extinción o atenuación de la responsabilidad criminal declarada por los tribunales de justicia, deriva de una potestad extraordinaria de intervención de un poder estatal, el Ejecutivo, en el ámbito de competencia de otro, el Judicial, que supone una excepción al principio de cumplimiento de las sentencias judiciales proclamada por el artículo 118 de la Constitución.

Concebida la prerrogativa de gracia como una medida excepcional, destinada a proveer situaciones igualmente excepcionales e individuales, ha de responder a unas muy especiales circunstancias, concurrentes en un condenado en particular, y estar rodeado de cautelas y límites con objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden jurídico.

Ese carácter excepcional, empero, no ha servido para disuadir a un creciente número de penados de la posibilidad de acudir a la vía del indulto, que perciben como un mero recurso ordinario para evitar o postergar el cumplimiento de la pena, una vez fracasadas las impugnaciones judiciales contra la sentencia condenatoria. No en vano, la Fiscalía General del Estado ya denunció en la Memoria del año 2013 la proliferación y uso abusivo de solicitudes tramitadas ante el Ministerio de Justicia (desde el año 2011 supera las 7.000 solicitudes anuales) a las que han que añadirse las formalizadas ante el Ministerio de Defensa por los penados de la jurisdicción militar.

Quizá fuese la ingente cantidad de solicitudes de indulto, y su imposibilidad de resolución en un tiempo prudencial, lo que llevó primero al Gobierno y más tarde al Legislativo a considerar la necesidad de aplicar determinadas normas de agilización previstas para el procedimiento administrativo común, en particular las relativas al silencio administrativo, al procedimiento de indulto, considerado desde antiguo como especial, atípico y ajeno al ámbito del derecho administrativo común, habilitándolas con la finalidad de proporcionar a los interesados una respuesta dentro de plazo, siquiera sea como mera ficción jurídica, y posibilitar su impugnación, frente a la indeseable situación de pendencia indefinida que resultaría en otro caso.

De la aplicación de tales normas se infiere, sin duda, el sentido desestimatorio del silencio ante una solicitud incontestada de indulto. Resulta, sin embargo, controvertido el concreto plazo máximo de tramitación que ha de regir en los expedientes de indulto, pues si bien inicialmente el Real Decreto 1879/1994, de 16 de febrero, lo fijaba en un año, dicho plazo habría de quedar, en nuestra opinión, reducido a seis meses, por aplicación de la disposición transitoria primera (apartado 2) de la Ley 4/1999, de 13 de enero, lo que no es generalmente aceptado en los ámbitos oficiales concernidos, que entienden subsistente el plazo de tramitación un año, como se explicará oportunamente.

Una vez determinado el sentido desestimatorio del silencio en el procedimiento de indulto, resulta inevitable explorar sus efectos, a tenor de la legalidad vigente y a través la práctica judicial de los tribunales penales, cuyas resoluciones judiciales aportan diferentes soluciones en relación con la suspensión provisional de la ejecución de la pena, que autoriza el artículo 4.4 del Código Penal, durante la tramitación de la solicitud de la medida de gracia.

Como observación final de este apartado introductorio, hemos de indicar que cualquier conclusión que deba extraerse ha de partir de unas consideraciones previas acerca de la diferente naturaleza del procedimiento de indulto y del acto de concesión, una inmersa y otra ajena al ámbito administrativo, lo que invita a realizar, siquiera sea brevemente, un recorrido histórico de su régimen jurídico desde la Ley de 1870.

2. RÉGIMEN JURÍDICO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE INDULTO Y DEL ACTO DE CONCESIÓN

La regulación legal del indulto se recoge en la **Ley Provisional de 18 de junio de 1870**, que a lo largo de su historia ha sufrido numerosas vicisitudes, pues fue

derogada el **9 de agosto de 1873** y restablecida por **Decreto-Ley de 12 de febrero de 1874**; más tarde, por **Decreto de 3 de febrero de 1932**, la Ley volvió a ser parcialmente derogada, al tiempo que atribuyó al Tribunal Supremo el ejercicio de este derecho de gracia, salvo en delitos de extrema gravedad en los que podía indultar el presidente de la República; posteriormente se vuelve a restablecer por **Decreto de 22 de abril de 1938**, en el que se restituye al jefe del Estado, en régimen de exclusividad, la prerrogativa de su concesión y se suprime la necesidad de informe previo del Consejo de Estado previsto en el texto primigenio. La **Constitución española de 1978** confiere al Rey el ejercicio del derecho de gracia «con arreglo a la ley» [artículo 62.i)], al tiempo que prohíbe los indultos generales, como ya se hiciera en la II República. Tras la Constitución, la Ley de Indulto ha sido reformada por **Ley 1/1988, de 14 de enero**, que sustituyó la anterior forma de concesión mediante «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros» por la de «Real Decreto», como modificación más significativa, y ya, en fecha más actual, por **Ley Orgánica 1/2015**, cuya disposición final primera añadió una disposición adicional a la Ley de 1870 sobre control semestral del Gobierno en relación con las concesiones y denegaciones de indultos.

Durante su largo recorrido, la Ley de 1870 se ha complementado y desarrollado con otras disposiciones, ciertamente escasas y a las que se hará somera mención, cuyo examen permite extraer las notas características del procedimiento de concesión, así como su régimen jurídico en lo que a plazos de tramitación y efectos del silencio se refiere.

El procedimiento para solicitar y conceder la gracia del indulto viene regulado en la Ley de 1870, al que dedica el capítulo III, en el que se prevén las diferentes formas de inicio (a solicitud del interesado, parientes u otras personas en su nombre, o mediante propuesta de los Tribunales o por disposición del Gobierno) y se relacionan los informes que han de integrar el expediente, así como el itinerario que este ha de seguir hasta su conclusión con la decisión del Consejo de Ministros y, en su caso, la firma de concesión por el Rey.

Tales normas de procedimiento no mencionan, sin embargo, plazo alguno de tramitación, ni contemplan efecto alguno ante la falta de contestación a la solicitud de indulto. Fue a partir del **Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de justicia e interior**, cuando por primera vez se establece de manera expresa tanto el plazo de tramitación como el sentido del silencio para el procedimiento de indulto, al disponer en su artículo 6.1 que «los procedimientos a los que dé lugar el ejercicio del derecho de gracia habrán de ser resueltos en el plazo máximo de un año, pudiendo entenderse desestimadas las solicitudes cuando no haya recaído resolución expresa en el indicado plazo».

Resulta llamativo, por ello, que con anterioridad a este último Real Decreto, la **Orden de 10 de septiembre de 1993, del Ministerio de Justicia**, ya contemplara la posibilidad de prolongar durante seis meses el tiempo de tramitación en las propuestas de indulto cuando, a criterio de la Subsecretaría de Justicia, fuera necesario ampliarlo. Nos preguntamos a qué tiempo de tramitación se refería esta Orden, pues, como ya se ha dicho, la ley reguladora del procedimiento de

indulto no contemplaba plazo alguno. Por consiguiente hemos de colegir que el plazo a que hacía referencia dicha Orden de 1993 venía referido al previsto para el procedimiento administrativo común. Bien es cierto que el procedimiento de indulto no constituye un procedimiento común, sino especial y, por tanto, excluido de su ámbito de aplicación directa; la misma Orden de 1993 comienza por explicar en su exposición de motivos que «la especial naturaleza del acto jurídico por el que el Rey ejerce el derecho de gracia conferido por el artículo 62.i) de la Constitución excluye la aplicación directa a la tramitación de las solicitudes y propuestas de concesión de indulto del régimen de obligatoriedad de términos y plazos dispuesto para el dictado de resoluciones en el procedimiento administrativo común»; sin embargo, esa consideración inicial no impide su aplicación como norma supletoria, pues, tal y como expresa más tarde la comentada orden, «este peculiar régimen jurídico establecido por la Ley de 18 de junio de 1870 y posteriores disposiciones de reforma y desarrollo, no obsta a la conveniencia de que se apliquen a algunas de las fases de tramitación de los expedientes preparatorios del ejercicio del derecho de gracia similares principios generales a los que conforman el procedimiento administrativo común».

La aplicabilidad supletoria del régimen administrativo común al procedimiento para el ejercicio del derecho de gracia no era algo novedoso. Ya el **Decreto de 10 de octubre de 1958, sobre Procedimientos Especiales**, dictado por imperativo de la disposición final primera, apartado 3, de la **Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo** (LPA-1958, en adelante), incluyó con ese calificativo a los «Procedimientos especiales en materia de gracia, del Ministerio de Justicia» (artículo 6 del Decreto), a los efectos previstos en el artículo 1.2 de la LPA-1958, lo que suponía la aplicabilidad de las normas del procedimiento común en defecto de regulación especial.

Esa vocación uniformadora de los procedimientos administrativos que inspiró tanto la LPA-1958 como la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC, en lo sucesivo), se ha visto reflejada en disposiciones posteriores, como es el caso de la **Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992**, cuya **disposición adicional primera**, sobre simplificación de procedimientos, o su **disposición transitoria primera**, sobre subsistencia de normas preexistentes, no dejan lugar a dudas acerca del propósito del legislador de adecuar a un marco normativo básico cuantos procedimientos administrativos comunes o especiales se tramitan ante las Administraciones públicas, todo ello sin perjuicio de respetar las peculiaridades propias que, por razón de la materia, demandan los procedimientos especiales. En ese proceso de adecuación —que en el caso de los procedimientos administrativos especiales supone aplicación supletoria de las reglas del procedimiento común— se inscribe el procedimiento de indulto, y así lo reconoce la STS-3.^a-Secc.6.^a, de 15 de febrero de 2005, al afirmar que el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de justicia e interior, fue dictado para cumplir con lo establecido en la disposición adicional 3.^a de la Ley 30/1992, que dispuso la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos; y así se infiere, igualmente, de la disposición adicional

vigésimo novena de la **Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social**, a la que más tarde haremos puntual referencia, cuya vigencia mantiene la reciente **Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)**, según reza su propio preámbulo.

La demostración más evidente del carácter administrativo que se viene otorgando al procedimiento de tramitación del indulto —no al acto de concesión— la encontramos en la aplicación a estos expedientes de una institución tan genuina del Derecho Administrativo como la del «silencio administrativo», cuya eficacia, a mayor abundamiento, se condicionaba a la emisión de la certificación de actos presuntos regulada en la entonces vigente Ley 30/1992, de RJAP-PAC, de indudable aplicación.

La propia Administración General del Estado (AGE, en lo sucesivo) concibe el procedimiento de indulto como uno más de los procedimientos administrativos de las Administraciones públicas y buena prueba de ello es su inclusión en las relaciones de procedimientos de la AGE que periódicamente viene publicando la Secretaría del Estado de Administración Pública (SEAP), como es el caso de las publicadas por Resoluciones de 20 de marzo de 1996 y 1 de diciembre de 1998, entre otras, o su inserción en la relación actualizada de procedimientos administrativos que publica el Ministerio del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en su página web, en cumplimiento de su deber de información establecido en el ya derogado artículo 43.5 de la LRJAP-PAC y en el artículo 21.4 de la vigente Ley 39/2015, LPACAP (véase en la dirección: <https://administracion.gob.es/pagFront/tramites/catalogo/catalogo.htm>).

A tenor de las disposiciones citadas acerca del procedimiento de tramitación de las solicitudes de indulto y del acto jurídico de concesión de esta medida de gracia, se deducen las siguientes notas características:

- a) El indulto, como manifestación del ejercicio del derecho de gracia, es una atribución que la Constitución reconoce al Rey para su ejercicio con arreglo a la ley [artículo 62.i) de la Constitución].
- b) El indulto se expresa mediante Real Decreto, firmado por el Rey con el refrendo del ministro de Justicia o del ministro de Defensa, si el penado lo fue por la jurisdicción militar.
- c) De acuerdo con los principios que informan la monarquía parlamentaria, esa potestad no es ejercida materialmente por el jefe del Estado, sino por el Gobierno, que es a quien la Ley de Indulto (artículo 30) encomienda adoptar la decisión correspondiente.
De esta forma, como afirma la STS-3.^a, Pleno, de 2 de diciembre de 2005, «el ejercicio del derecho de gracia es, pues, una facultad sustancialmente “gubernamental” mediante una actuación individual y excepcional del Gobierno, reunido en Consejo de Ministros».
- d) La decisión del Consejo de Ministros por la que se acuerda conceder o denegar el indulto constituye un acto propio del Gobierno, en el que actúa como tal y no como Administración Pública, esto es, como Administración General del Estado.

- e) El acto decisorio del indulto, caracterizado como individual, discrecional y excepcional del Gobierno, es ajeno a la categoría de los actos administrativos. En efecto, pese a que el acto de concesión venga precedido de unos trámites reglados, que integran el procedimiento administrativo, el ejercicio del derecho de gracia no es una actuación administrativa, ni, en consecuencia, su materialización mediante el indulto supone el ejercicio de potestades administrativas.
- f) Dado que el ejercicio del derecho de gracia no constituye un acto administrativo, no es posible concebir su concesión por silencio administrativo positivo o estimatorio.
- g) El conjunto de elementos reglados que integra el procedimiento de indulto lo regula el capítulo III de la Ley de 18 de junio de 1870 (artículos 19 a 32 de la Ley), en la redacción dada por la Ley 1/1988, de 14 de enero.
- h) Del procedimiento de indulto forman parte los informes de conducta del penado, la audiencia del Fiscal y de la parte agraviada, si la hubiere, y el informe del Tribunal sentenciador, que cobra singular importancia por cuanto, además de cumplimentar cuantas menciones exige la ley acerca de las circunstancias personales del penado y sobre las vicisitudes de la causa, ha de consignar su «dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia».
- i) El expediente o procedimiento de tramitación de las solicitudes de indulto participa de la naturaleza de los procedimientos administrativos especiales, por lo que en aquello no previsto por su ley reguladora (Ley de 18 de junio de 1970, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero) se rige con carácter supletorio por las normas del procedimiento administrativo común.
- j) Los acuerdos y resoluciones vulneradoras de las normas de procedimiento podrán ser impugnados en la vía contenciosa-disciplinaria ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (STS. 3.^a, Pleno de 20 noviembre 2013, y las que en ella se citan).

3. PLAZO DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INDULTO

Las normas del procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto recogidas en el capítulo III de la Ley de 18 de junio de 1870 (artículos 19 a 32 de la Ley) no contemplan, ni en su texto originario ni en la redacción dada por la Ley 1/, de 14 de enero, regla alguna sobre plazo de tramitación del expediente de indulto.

La primera mención que se hace en nuestro ordenamiento sobre el plazo de tramitación en el procedimiento de indulto la realiza (salvo error por nuestra parte) la **Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1993**, que autoriza la posibilidad de prolongar el tiempo de tramitación durante el plazo de seis meses, lo que sugiere la existencia de un plazo de tramitación ordinario. Sin embargo, como ya se adelantó en el apartado precedente, la existencia de un concreto plazo de tramitación no venía entonces determinado en nuestro derecho positivo para este especial procedimiento, lo que nos lleva a interpretar que con la

entrada en vigor de la LPA-1958, el plazo máximo de tramitación de seis meses, previsto como normativa básica para los procedimientos administrativos en general (artículo 61), pudiera ser de aplicación a los procedimientos administrativos especiales y, entre estos, a los «procedimientos especiales en materia de gracia, del Ministerio de Justicia», al estar incluidos como tales en el artículo 1, punto 6.º, del Decreto de 10 de octubre de 1958, sobre Procedimientos Especiales. La propia LPA-1958 declaraba, en su exposición de motivos, que la nueva regulación atendía a un criterio de unidad que procuraba reunir las normas de procedimiento en un texto único aplicable a todos los Departamentos ministeriales, respetando empero la especialidad de determinadas materias administrativas cuyas peculiares características postulan un procedimiento distinto del ordinario y a las que la ley se aplica con carácter supletorio. Dicho plazo general de tramitación habría de regir, por tanto, para el procedimiento de indulto, y así lo debió considerar el Ministerio de Justicia en la citada Orden de 1993, para lo que debió tomar como referencia el plazo de seis meses fijado en el artículo 61 de la ya derogada LPA-1958. Descartamos que la Orden tomase como referencia el reducido plazo de tres meses previsto en el artículo 42.2 de la entonces recién estrenada la LRJAP-PAC 30/1992, en vigor desde el 27 de febrero de 1993, toda vez que el propio artículo 42.2 impedía que el plazo ampliatorio pudiese superar al ordinario establecido para la tramitación.

En definitiva, no fue sino a partir del **Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de justicia e interior**, cuando se implantó de manera expresa un plazo de tramitación, al establecer en su artículo 6 que los procedimientos a los que dé lugar el ejercicio del derecho de gracia «**habrán de ser resueltos en el plazo máximo de un año**, pudiendo entenderse desestimadas las solicitudes cuando no haya recaído resolución expresa en el indicado plazo».

La importancia de esta disposición debe ser destacada por cuanto confirma la naturaleza administrativa del procedimiento de indulto —no del acto de concesión, insistimos— y determina, por las razones antes apuntadas, la aplicabilidad supletoria de las normas de procedimiento administrativo común a este procedimiento especial. En este sentido, la modificación de la LRJAP-PAC, llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, también afectó al procedimiento de indulto, en particular en lo referente a las disposiciones sobre el plazo de tramitación y al sentido, forma de producción y efectos del silencio administrativo.

La Ley citada 4/1999 realizó una profunda reforma de las normas preexistentes de la LRJAP-PAC 30/1992, en aras a la agilización de los procedimientos administrativos, lo que se tradujo en la eliminación de trámites innecesarios y en la limitación de los plazos máximos para dictar resolución previstos en las normas reguladoras de cada procedimiento. Con esa finalidad, el artículo 42.2 reformado estableció lo siguiente: «el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea (artículo 42.2)».

Para hacer efectiva la reforma, la disposición adicional primera de la Ley 4/1999 encargó al Gobierno la tarea de acometer las modificaciones reglamentarias necesarias a fin de adaptar los procedimientos administrativos a los dictados de la nueva ley, concediéndole: 1) el plazo de un año a partir de su entrada en vigor (14 de abril de 1999) para establecer las modificaciones precisas de las disposiciones reglamentarias, bajo la prevención de que «en ningún caso, las especialidades de los distintos procedimientos podrán suponer una disminución o limitación de las garantías consagradas en esta Ley»; y 2) el plazo de dos años para adaptar las normas reguladoras de los procedimientos «al sentido del silencio administrativo establecido en la ley».

Al propio tiempo, mediante la disposición transitoria primera, la Ley 4/1999 estableció un régimen transitorio de tres puntos, que comenzaba por declarar la vigencia de las normas reglamentarias y de desarrollo de la LRJAP-PAC preexistentes entretanto se llevaran a efecto las previsiones de acomodación normativa ordenadas en la referida disposición adicional primera. Pero seguidamente el apartado 2 de esa disposición transitoria primera introdujo una importante matización con relación a los plazos de tramitación, al puntualizar que «en todo caso, **cuando las citadas normas hayan establecido un plazo máximo de duración superior a los seis meses**, se entenderá que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución **será precisamente de seis meses**, con las excepciones previstas en el apartado segundo del artículo 42», esto es, en aquellos casos en que «una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea».

Los términos del apartado 2 de la disposición transitoria primera que se acaba de transcribir resultan bastante explícitos. Obsérvese que este apartado no contiene realmente una norma transitoria en relación con los plazos de tramitación, sino una excepción a la vigencia transitoria de las normas reglamentarias preexistentes. En consecuencia, y según su sentido literal, a partir del día 14 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley 4/1999, el plazo máximo para resolver los procedimientos administrativos no podía superar los seis meses, salvo disposición expresa con rango de ley o norma comunitaria.

Trasladada esta disposición al procedimiento de indulto, no puede sino colegirse que el plazo de un año previsto en el Real Decreto 1879/1994, para la resolución de los procedimientos en materia de gracia, quedaba automáticamente reducido a seis meses a la entrada en vigor de la Ley 4/1999, al no satisfacer este procedimiento el requisito de reserva legal o norma comunitaria exigido en el artículo 42.2 de la LRJAP-PAC para autorizar un plazo superior.

Distinto trato dispensó el legislador con relación a la vigencia temporal del silencio administrativo para el que sí fijó un verdadero régimen transitorio en el apartado 3 de la disposición transitoria primera. Tal y como explica la exposición de motivos de la Ley 4/1999, con el fin de abordar detenidamente la transformación del régimen de silencio de cada uno de los dos mil procedimientos existentes en el ámbito de la AGE, «se mantiene la vigencia del sentido del silencio previsto en las normas aprobadas en el proceso de adecuación de los procedimientos que siguió a la Ley 30/1992, si bien que su forma de producción y efectos serán los

previstos en la presente Ley». En relación con el procedimiento de indulto, ese régimen transitorio del silencio administrativo finalizó con la entrada en vigor de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, cuya disposición adicional vigésimo novena (punto 2 y anexo 2) revalidó, ahora con rango de ley, el sentido desestimatorio del silencio establecido en el artículo 6 del Real Decreto 1879/1997, al incluirlo en la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 43 de la LRJAP-PAJ. Debemos añadir aquí que la Ley 14/2000 no contiene, en cambio, referencia alguna al procedimiento de indulto en lo relativo al plazo máximo de tramitación, ni lo incluye en el anexo 1 de la disposición adicional 29, entre los procedimientos excepcionados del plazo máximo de seis meses para resolver, previsto en el artículo 42.2 de la LRJAP-PAC.

La conclusión a la que hemos llegado acerca del plazo de tramitación del procedimiento de indulto no resulta pacífica en la doctrina ni concuerda con la comúnmente expresada en el ámbito oficial de los ministerios de Justicia y Defensa. La propia AGE, en el catálogo de procedimientos publicados por Resoluciones de la Secretaría del Estado de Administración Pública (SEAP) de 20 de marzo de 1996 y 1 de diciembre de 1998, entre otras, así como en la relación actualizada de procedimientos administrativos publicada en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, solo reconoce el plazo máximo de un año para la resolución y notificación del procedimiento de indulto. En coherencia con este dato, el Ministerio de Justicia en su página web reproduce literalmente el contenido del artículo 6 del Real Decreto 1879/1994 y fija el mismo plazo de un año para la tramitación de las solicitudes de indulto. Por su parte, el Ministerio de Defensa, en esmerado informe de su Asesoría Jurídica General de 19 de octubre de 2016, no se ha desmarcado de las tesis oficiales y sostiene igualmente que el plazo máximo de tramitación del expediente de indulto es de un año, transcurrido el cual los interesados podrán entender desestimada su solicitud, al ser el sentido del silencio inequívocamente negativo.

En el mismo sentido que la AGE se ha expresado la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en las pocas ocasiones en las que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular. Tal es el caso de las sentencias de 15 de febrero de 2005 y de 24 de septiembre de 2010 (ambas de la Sección 6.^a del Tribunal Superior), en las que el Alto Tribunal interpretó que el plazo máximo de tramitación de los procedimientos de indulto es el de un año, lo que invita a pensar que la cuestión del plazo no admite controversia, al tratarse de un tema ya zanjado.

No es así a nuestro entender. Por lo que respecta a la última de las sentencias citadas ningún comentario podemos oponer por cuanto la resolución judicial se remite en esta cuestión a las alegaciones del abogado del Estado, que la sentencia no reproduce, por no ser objeto de debate.

En el caso de la STS-3.^a de 15 de febrero de 2005, la Sala se pronunció, en primer lugar, sobre el plazo máximo del procedimiento de indulto en referencia al período anterior a la publicación de la Ley 4/1999, esto es, cuando estaba plenamente vigente el artículo 6.1 del Real Decreto 1879/1994, que establecía el plazo de un año. A continuación, la misma STS consideró que ese plazo mantuvo su vigencia durante el período de dos años de régimen transitorio previsto

en la disposición adicional primera de la Ley 4/1999 para la adecuación de los procedimientos a los dictados de la reforma. En este sentido, la STS interpretó, con cita de la disposición transitoria primera, punto 3, de la Ley 4/1999, que «mientras no se produjera esa acomodación al sentido del silencio administrativo establecido en la Ley estos continuaban vigentes, tanto en cuanto al sentido del silencio como en cuanto al plazo máximo para dictar resolución». Esta interpretación, a nuestro juicio solo encuentra acomodo en la citada disposición transitoria en lo relativo «al sentido del silencio», pero no en relación con su forma de producción ni respecto al plazo máximo para dictar resolución, pues tal consideración entraría en abierta contradicción con la reseñada disposición transitoria primera, punto 2, a cuyo tenor, en todo caso, el plazo máximo de duración de los procedimientos que tuvieran señalado un plazo superior a seis meses quedaba reducido precisamente a seis meses, salvo disposición de ley o norma comunitaria, lo que no concurría en el procedimiento de indulto. Finalmente, la STS-3.^a objeto de nuestro comentario se pronunció sobre el régimen del silencio en el procedimiento de indulto una vez finalizado el período transitorio previsto en la Ley 4/1999 para la adecuación de los procedimientos. Su fundamento jurídico cuarto dice así:

«Dentro de ese plazo de dos años se publicó la Ley 14/2000, de veintinueve de diciembre, que en su Disposición Adicional Vigésimo Novena estableció que “en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, los procedimientos que se relacionan en el anexo 2 a esta disposición se entenderán incluidos en la excepción prevista en el apartado 2 del art. 43 de la Ley 30/1992, RJA-PAC”, citando la disposición en ese anexo 2, y, en primer lugar, las normas reguladoras del ejercicio del derecho de gracia, Ley de 18 de junio de 1870, y Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre. En consecuencia a partir de la entrada en vigor de la Ley 14/2000 que se produjo el uno de enero de dos mil uno, el silencio en el supuesto de la solicitud del derecho de gracia tenía efecto desestimatorio».

Obsérvese que la conclusión final de esta STS solo alude al sentido del silencio en el procedimiento de indulto, pero nada dice ya en relación con el plazo máximo para dictar resolución, lo cual es lógico por cuanto el anexo 2 de la Ley 14/2000, en el que se basa la sentencia, no viene referido a los plazos de tramitación sino a los procedimientos que, por disposición de ley o norma comunitaria, quedan exceptuados de la regla general de silencio positivo, conforme a las exigencias del apartado 2 del artículo 43 de la LRJAP-PAC, regulador del sentido del silencio administrativo y su régimen de excepciones.

Por último, debemos indicar que la vigente Ley 39/2015, del PACAP, no altera nuestra opinión sobre el plazo máximo de resolución del procedimiento de indulto, toda vez que su artículo 21.2 reproduce en términos prácticamente similares el contenido del artículo 42.2 de la LRJAP-PAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999. De igual manera, tampoco el vigente artículo 21.2 y 3 difiere en lo esencial de las reglas para el cómputo de los plazos previstas en la ley precedente,

en cuanto toma como fecha inicial aquella en que la solicitud haya tenido entrada en el Registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación, y como fecha final, aquella en que se deba notificarse la resolución al interesado.

Como conclusión de cuanto se ha dicho en este apartado, consideramos de todo punto necesaria la regulación con rango legal del plazo máximo de tramitación del procedimiento de indulto, ya sea a través de ley rehabilitadora del plazo de un año expresado en el Real Decreto 1879/1994 —tal y como hiciera la Ley 14/2000 (disposición adicional 29.2, anexo 2) en relación con el sentido desestimatorio del silencio—, ya mediante la reforma de la Ley de 18 de junio 1870, para incorporar ese u otro plazo a su articulado; solución esta última que nos parece más adecuada en favor de la integración regulatoria del procedimiento de indulto bajo un solo texto legal. Con ello quedaría definitivamente cumplida la exigencia de reserva legal prevista para las excepciones a los plazos máximos regulados en el artículo 21.2 de la vigente Ley 39/2015, del PACAP.

4. SENTIDO DEL SILENCIO ANTE LA SOLICITUD DE INDULTO

La Ley de 18 de junio de 1870, de Normas para el Ejercicio del Derecho de Gracia, no prevé en su articulado otra forma de resolución de la solicitud de indulto que la expresa, mediante Real Decreto, y únicamente para el caso de accederse a su concesión. Al respecto establece el vigente artículo 30 de la Ley de 1870, en la redacción dada por Ley de 14 de enero de 1988, que «la concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto acordado en Consejo de Ministros». Como puede observarse, ninguna mención contiene la ley acerca de la forma que habría de adoptar la denegación del indulto y nada dispone sobre la posibilidad de estimación o desestimación de la solicitud por silencio administrativo.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1992, LRJAP-PAC, el régimen general del silencio aplicable a los procedimientos administrativos venía regulado en los artículos 94 y 95 de la LPA-1958, que consagraron como regla común la denegación presunta de las solicitudes incontestadas en plazo, previa denuncia de la mora, excepcionando de la regla de silencio negativo los concretos supuestos recogidos en la propia de la LPA-1958 y aquellos en que así se estableciese por disposición expresa.

Con la promulgación de Ley 30/1992, el régimen del silencio administrativo se invirtió, al convertir el silencio estimatorio en regla general y el desestimatorio en excepción (artículo 43.2), otorgándoles a uno y otro silencio la consideración de «actos presuntos, a los que se conferían los efectos jurídicos equivalentes al acto administrativo expreso a partir la expedición de la certificación de la Administración (o la acreditación de haberla solicitado). La propia Ley 30/1992 encomendó a la Administración Pública (artículo 43.5) la publicación de un acuerdo con la relación de los procedimientos en que la falta de resolución expresa produciría efectos estimatorios o desestimatorios, y la emplazó, mediante la disposición

adicional tercera, para que en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la ley (27 de enero de 1993) llevara a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualesquiera que fuera su rango, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produjera en cada caso. Una vez finalizado ese período de adecuación, los procedimientos de nueva incoación se regirían por lo dispuesto en la Ley 30/1992, tal y como estableció su disposición transitoria segunda, lo que significa que a partir del día 27 de julio de 1993 se impuso la regla general del silencio estimatorio en el ámbito de los procedimientos administrativos, de la que solo quedaban exceptuados concretos supuestos relacionados en la propia ley y aquellos otros casos regidos por normativa expresa en sentido contrario.

Ello podría explicar la proximidad temporal de la Orden de 10 de septiembre de 1992, del Ministerio de Justicia, que abría la puerta a la ampliación por seis meses de los plazos de tramitación de los procedimientos de indulto; ampliación que presenta toda la apariencia de una precipitada solución para evitar cualquier reclamación en reconocimiento de un acto presunto estimatorio, consecuente al silencio positivo, en una materia tan singular y extraña al derecho administrativo como es el ejercicio derecho de gracia.

Con la publicación del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de justicia e interior, se puso definitivamente en claro el sentido desestimatorio del silencio en el procedimiento de indulto, al establecer en su artículo 6.1 que las solicitudes podían entenderse desestimadas cuando no haya recaído resolución expresa en el plazo de un año. La importancia de este Real Decreto no está tanto en el hecho de expresar el sentido del silencio, a nuestro juicio meramente informativo, como en la fijación de un plazo máximo de tramitación; y decimos tal cosa porque la concesión del indulto nunca podría realizarse por la vía del silencio administrativo, ya que ni el ejercicio del derecho de gracia es una actuación administrativa —y, como tal, sujeta al derecho administrativo—, ni su materialización mediante el indulto supone el ejercicio de potestades administrativas. El acto de concesión de indulto goza de la categoría de «acto no debido» que solo y exclusivamente puede expresarse mediante Real Decreto firmado por el Rey con el refrendo del ministro de Justicia o del ministro de Defensa, si el penado lo fue por la jurisdicción militar. En definitiva, al no constituir el indulto un acto administrativo, nunca podrían las normas administrativas presumir su concesión.

Cuestión diferente es la del rechazo de la solicitud, en primer lugar por cuanto la denegación del indulto, como contrapunto al acto de concesión, no supone el ejercicio del derecho de gracia, y en último término, porque la denegación de la solicitud por silencio administrativo no constituye un acto finalizador del procedimiento de indulto, pues subsiste la obligación de contestar a la solicitud, sino una «ficción legal de naturaleza administrativa»¹, creada por el Derecho Ad-

¹ Así lo expresaba el punto III de la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, de RJAP-PAC.

ministrativo para permitir al ciudadano interesado acceder a la vía del recurso contencioso-administrativo.

La vigencia del artículo 6.1 del Real Decreto 1879/1994, por lo que al sentido desestimatorio del silencio se refiere, nunca ha sido cuestionada por la doctrina ni por la jurisprudencia, y así lo ha venido reiterando de manera uniforme la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (sentencias de 15 de febrero de 2005 y de 24 de septiembre de 2010, antes citadas), a diferencia de lo que ocurre con el plazo máximo de tramitación regulado en el mismo Real Decreto, cuya vigencia sí se ha puesto en tela de juicio con ocasión de la reforma de la Ley 30/1992, de LRJAP-PAC, llevada a cabo por la Ley 4/1999.

En efecto, el apartado 3 de la disposición transitoria primera de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, permitió que conservara validez el sentido del silencio administrativo establecido en las normas reglamentarias y de desarrollo de la Ley 30/1992, entre tanto se llevaba a cabo la adaptación de los procedimientos administrativos a las previsiones de la reforma. Más tarde, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, a través de su disposición adicional vigésima novena (punto 2 y anexo 2), incluyó una serie de procedimientos, entre los que se encuentran los procedimientos en materia de gracia, que quedaban excepcionados de la regla general del silencio administrativo positivo, rehabilitando expresamente el sentido del silencio establecido en el Real Decreto 1879/1994. Finalmente, la última disposición adicional citada y su anexo 2 han sido mantenidos en vigor por la vigente Ley 39/2015, LPACAP, tal y como ha reconocido el legislador expresamente en el apartado V de la exposición de motivos, de modo que resulta indiscutible el sentido negativo o desestimatorio del silencio administrativo ante la falta de notificación de resolución expresa a una solicitud de indulto, transcurrido el plazo máximo de tramitación.

5. EFECTOS DEL SILENCIO DESESTIMATORIO DE LA SOLICITUD DE INDULTO EN LA EJECUCIÓN PENAL

Una vez examinado el régimen jurídico del procedimiento de indulto en lo relativo al plazo de tramitación y al sentido del silencio, resulta obligado reflexionar acerca de la incidencia de los efectos desestimatorios del silencio sobre la ejecución penal, con particular referencia a los casos en que la ejecución de la pena se encuentre suspendida provisionalmente con motivo de la tramitación del indulto.

Como punto de partida hemos de subrayar que desde la reforma de la Ley 30/1992, LRJAP-PAC, introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114, 329), la ordenación del silencio administrativo excluyó del concepto legal de «acto presunto» los supuestos en los que el ordenamiento jurídico determina el efecto desestimatorio de la solicitud formulada pues, como advierte la STC 52/2014, de 10 de abril (RTC 2014\52), **en tales supuestos el ordenamiento excluye expresamente la constitución *ipso iure* de un acto administrativo de contenido denegatorio**².

² Una vez expulsada la expresión «acto presunto» de los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, LRJAP-PAC, tras su reforma por la Ley 4/1999, resulta paradójico que la ahora la vigente Ley

Previamente a la reforma de 1999, en la redacción originaria de los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, el «acto presunto» había quedado configurado como un verdadero acto administrativo, ya fuere estimatorio o desestimatorio, y plenamente eficaz a partir de la emisión de la certificación del acto presunto correspondiente (o exhibición de la petición de la certificación, a falta de certificación); por otra parte, una vez emitida dicha certificación, la Administración quedaba vinculada al acto presunto y debía de abstenerse de dictar resolución expresa. Pero a partir de la reforma de 1999, la LRJAP-PAC reconsidera el tratamiento jurídico de los efectos del silencio administrativo, según sea su sentido, que sustancialmente se mantiene intacto en la regulación contenida en la vigente Ley 39/2015, LPACAP.

En efecto, la Ley 39/2015, LPACAP —cuyo artículo 24.2 presenta idéntica redacción que la expresada en el artículo 43.2 de la precedente LRJAP-PAC reformada, precisa que «**la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento**». En cambio, «la desestimación por silencio administrativo produce los solos **efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente**». En coherencia con ese diferente tratamiento de uno y otro tipo de silencio, la Administración queda ligada al sentido del silencio cuando este es positivo, de modo que la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá ser confirmatoria del mismo, mientras que en los casos de desestimación por silencio administrativo la Administración mantiene la obligación de resolver de forma expresa, pero ya no está vinculada por el sentido del silencio [artículo 24.3.a) y b) de la 39/2015, LPACAP, coincidente con el artículo 43.3.a) y b) de la LRJAP-PAC].

Así pues, a diferencia del silencio administrativo positivo, que produce un verdadero acto administrativo eficaz, el silencio negativo solo se concibe como mera ficción legal para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo. No existe en este último caso un acto administrativo alguno finalizador del procedimiento y queda subsistente la obligación de dictar resolución en cualquier sentido. En suma, tras el silencio negativo a la solicitud de indulto, cabe la posibilidad de su concesión en un momento ulterior.

De acuerdo con las premisas precedentes, la desestimación por silencio de la solicitud de indulto solo habría de producir como efecto inmediato la posibilidad del interesado de interponer recurso contencioso-administrativo. Ello no obstante, en la práctica judicial penal se observa que los tribunales de justicia han reconocido al silencio desestimatorio en numerosas ocasiones la consideración y los efectos de un acto administrativo presunto [Auto AP Barcelona, Sección 7.^a, de 9 de febrero de 2009 (JUR\2009\172197), Auto AP Barcelona, Sección 10.^a, de 20 de mayo de 2012 (JUR\2011\430726), y Auto AP Barcelona, Sección 9.^a, de 20 de octubre de 2014 (ARP\2014\1229)], hasta el punto de argüirse en algún caso que

39/2015, LPACAP, vuelva a utilizarla, aunque de manera aislada, en el artículo 120, precisamente para referirse al silencio negativo, al que identifica con el “acto presunto desestimatorio”, en una evidente falta de rigor técnico legislativo que parece desconocer la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en su sentencia 52/2014, de 10 de abril (RTC 2014\52).

la desestimación por silencio de la solicitud de indulto determina el comienzo del plazo de prescripción de la pena [Auto AP Barcelona, Sección 7.ª, de 9 de febrero de 2009 (JUR 2009\172197)].

La casuística en torno a este tema es muy variada. En unos casos, los Tribunales han tomado en consideración el plazo de un año previsto en el Real Decreto 1879/1994, para limitar a ese tiempo el período de suspensión de la ejecución, acordándolo así en el mismo momento de adoptar la decisión de suspender la ejecución, conforme autoriza el artículo 4.4 del Código Penal, al mediar petición de indulto (Autos de la AP de Barcelona número 500/2011, 842 y 843/2011, 50/2012 y 409/2012). Llama la atención el hecho de que algunas de estas resoluciones judiciales, pese a ser muy posteriores a la promulgación de la Ley 4/1999, aún sigan identificando el silencio desestimatorio como una categoría de acto presunto. En cualquier caso, la solución de acotar el tiempo de suspensión de la ejecución para ajustarla a los parámetros reglados de duración del procedimiento de indulto no resulta, a nuestro juicio, desacertada ni desborda los márgenes que el citado artículo 4.4 del Código Penal concede al arbitrio judicial en esta materia, sobre todo si se argumenta como criterio orientativo junto a otras razones, como la extensión de la pena impuesta, los informes contrarios a la concesión de las partes personadas o el juicio de prosperabilidad.

Mayor polémica plantean aquellos casos en que la suspensión de la ejecución por petición de indulto hubiese sido acordada *sine die*, esto es, sin previsión de un concreto límite temporal, y posteriormente, transcurrido un año, se ordena el alzamiento de la suspensión en base exclusivamente al cumplimiento del plazo previsto para la resolución del indulto. La cuestión no es baladí, pues, al permitir el artículo 4.4 del Código Penal al Tribunal «suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto», podría interpretarse que la condición se entiende cumplida una vez transcurrido el plazo máximo de tramitación, sobre todo porque la propia literalidad del Real Decreto 1879/1994 permite entender «desestimadas las solicitudes cuando no haya recaído resolución expresa en el indicado plazo». En nuestra opinión, tal interpretación no parece respetuosa con los efectos que el artículo 24.2 de la Ley 39/2015, LPACAP, atribuye al silencio negativo y olvida que la ficción legal en que consiste el silencio desestimatorio se configura como una garantía de seguridad jurídica para ciudadano, creada para evitar los efectos paralizantes de la inactividad administrativa; garantía de la que legalmente solo surge un derecho impugnatorio a su favor y no un mecanismo en su contra, reactivador de la ejecución de la pena antes suspendida. Por ello, consideramos que una vez acordada la suspensión de la ejecución sin determinación de plazo, conforme al artículo 4.4 del Código Penal, la decisión de levantar la suspensión y ejecutar la pena ha de venir rodeada de la mayor cautela y acompañada de otras razones que no sean exclusivamente las relativas al cumplimiento del plazo de tramitación de la solicitud de indulto. Así, podrían tomarse en consideración fundamentos tales como la posibilidad de la prescripción de la pena, la alteración de las circunstancias que aconsejaron la decisión, la conducta del penado, la aparición de nuevos motivos que reclamen la ejecución y, cómo no, el juicio prospectivo sobre la viabilidad de la solicitud de gracia.

En todo caso resulta aconsejable la solución, antes apuntada, de predeterminar un plazo en el auto de suspensión provisional de la ejecución, que bien podía corresponderse con el plazo de que disponen los Ministerios de Justicia y Defensa y el Consejo de Ministros para la tramitación del expediente de indulto, transcurrido el cual la medida de suspensión podría levantarse y procederse a la ejecución de la pena, pero no como efecto necesario o consecuencia derivada del silencio administrativo, sino en base al carácter excepcional de la suspensión, su aplicación restrictiva, el cumplimiento del plazo prefijado por el Tribunal y en función de cualesquiera otros motivos que el órgano judicial pudiera apreciar según su prudente arbitrio.

6. CONCLUSIONES

Al examinar las notas características del procedimiento de tramitación de las solicitudes de indulto y del acto de concesión se puso de manifiesto la diferente naturaleza de la que participan uno y otro, pues así como el expediente de tramitación tiene la consideración de procedimiento administrativo especial, el acto de concesión es ajeno a la categoría de los actos administrativos, al tratarse de una manifestación del ejercicio del derecho de gracia que la Constitución reconoce al Rey, y que únicamente puede expresarse a través de Real Decreto, acordado en Consejo de Ministros.

De esta forma, las normas de procedimiento administrativo común que, con carácter supletorio, resultan aplicables al expediente de indulto, no son trasladables al acto de concesión, lo que produce como esencial consecuencia la imposibilidad de concesión de un indulto mediante la técnica del acto presunto por silencio administrativo positivo. En cambio, sí resulta posible entender desestimada la solicitud de indulto por la vía del silencio negativo, aunque a los solos efectos de permitir su impugnación, en aplicación de las normas de Derecho Administrativo, pues el silencio negativo no implica el ejercicio del derecho de gracia.

La determinación del plazo máximo de tramitación y el sentido del silencio en el ámbito de los procedimientos de indulto quedó plasmado normativamente en el Real Decreto 1789/1994, de 7 de octubre, cuyo artículo 6.1 estableció que «habrán de ser resueltos en el plazo máximo de un año, pudiendo entenderse desestimadas las solicitudes cuando no haya recaído resolución expresa en el indicado plazo».

Ninguna duda suscita la vigencia actual del sentido desestimatorio del silencio administrativo reconocido en el citado Real Decreto, pues fue expresamente avalada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, al incluirlo en la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 43 de la LRJAP-PAJ. Pero no ocurre lo mismo con el plazo máximo de un año fijado para la tramitación de los expedientes de indulto, cuya subsistencia cuestionamos a raíz de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, modificadora de la Ley 30/1992, de RJAP-PAC, por incumplir la exigencia de reserva legal prevista para las excepciones a los plazos máximos de tramitación (seis meses) regulados entonces en el artículo 42.2 de la LRJAP-PAC, y ahora en

el artículo 21.2 de la vigente Ley 39/2015, LPACAP, tal y como hemos tratado de razonar con más detalle en el capítulo correspondiente.

No obstante, ese plazo máximo de un año para la tramitación de los procedimientos de indulto es el comúnmente aceptado por la Administración General del Estado, en particular por los Ministerios de Justicia y de Defensa, responsables de su sustanciación. Tampoco los Tribunales de Justicia han cuestionado su vigencia.

A pesar de los vientos contrarios a nuestra corriente de opinión, y después de haber indagado en repertorios legales y jurisprudenciales sin localizar la razón que justifique la pervivencia del plazo fijado en su día por el Real Decreto 1879/1994, nos vemos en la necesidad y obligación de exponer nuestro criterio, en aras a promover la necesaria adecuación de esa norma al rango legal requerido, ya demorada, sin solución de continuidad, desde el año 1999.

En el capítulo dedicado a los efectos del silencio desestimatorio del indulto en la ejecución penal hemos sostenido, a tenor de las previsiones contenidas en el artículo 24.2 de la Ley 39/2015, LPACAP, que el silencio negativo no cabe concebirlo como un acto finalizador del procedimiento, de tal suerte que, una vez producido, subsiste la obligación de resolver en forma expresa y no impide que la decisión final sea favorable al otorgamiento de la gracia. El silencio desestimatorio constituye, pues, una mera ficción jurídica de la que surge, como único efecto, un derecho impugnatorio a favor del interesado, sin que, por ello goce de virtualidad por sí solo para constreñir a los tribunales a reactivar la ejecución de la pena en suspenso.

Finalmente, hemos de concluir afirmando el acierto de las decisiones adoptadas por algunos Tribunales Penales, al mediar petición de indulto, en las que se acuerda prefijar un plazo de suspensión de la ejecución de la pena, coincidente con el plazo máximo de que dispone la Administración para tramitar el expediente de indulto, de manera que transcurrido ese plazo aquella suspensión podría levantarse, no por efecto del silencio, sino en razón al apercebimiento contenido en la propia resolución judicial, al carácter excepcional de la suspensión y a su aplicación restrictiva, entre otros motivos.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena*. INDRET. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, 2008.

GARCÍA SAN MARTÍN, J. *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

LLORCA ORTEGA, J. *La Ley de Indulto. Comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

SEGARRA CRESPO, María José. «Inicio de la ejecutoria en el caso de penas privativas de libertad. Incidentes de paralización y/o aplazamiento. Especial

análisis del indulto». Repertorio de Ponencias del Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid, 2014. NIPO 054-15-001-7.

VELASCO CABALLERO, F. «El control del indulto: entre Gobierno y justicia». *Revista de Jurisprudencia*, n.º 1, publicada el 1 de marzo de 2014. EL-DERECHO.COM, Derecho.com Editores.

2. REVISIÓN EN CASACIÓN DE PRONUNCIAMIENTOS ABSOLUTORIOS

Antonio Pulido Ortega
Coronel auditor
Fiscal de la Fiscalía Togada del Tribunal Supremo

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución jurisprudencial. 3. Artículo 849.2 de la LECrim y los elementos subjetivos del delito. 4. Posibilidad de revocar pronunciamientos absolutorios en casación. 5. Conclusiones.

RESUMEN. El contenido de esta ponencia se encuentra directamente vinculado con el de otros problemas del ordenamiento procesal español de igual o superior calado. Es el caso de la doble instancia, en trance de solución (aunque no precisamente en el proceso penal militar), la naturaleza del recurso de casación o la función misma del Tribunal Supremo como órgano superior del orden jurisdiccional penal. Con origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se puede hoy afirmar que es un lugar pacífico en la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo que en aquellos casos en los que se condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, o se agravan sus consecuencias, debe celebrarse una audiencia pública en la que sean oídos los acusados, salvo que se trate de cuestiones de mera subsunción jurídica, y ello como garantía específica vinculada al derecho de defensa (artículo 24.2 de la CE). Esta doctrina, inicialmente creada para la apelación, es plenamente aplicable a la casación.

1. INTRODUCCIÓN

Conforme a una doctrina ya consolidada en nuestros Tribunales (tanto en el Constitucional como en las Salas Segunda y Quinta del Supremo) y que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuando un Tribunal de instancia haya establecido los hechos probados tanto objetivos como subjetivos sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales, la rectificación de cualquiera de aquellos para construir un nuevo relato

fáctico que dé lugar al dictado de una sentencia condenatoria o un agravamiento de la anterior requiere una audiencia pública en la que sean oídos los testigos, peritos y acusados, salvo que la cuestión debatida sea meramente de subsunción jurídica de unos hechos plenamente aceptados.

Si a este planteamiento unimos el carácter extraordinario del recurso de casación, en el que no existe un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo¹, se puede concluir que se han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien hubiera resultado absuelto en la instancia. Por ello, podemos afirmar que, en la actualidad, la posibilidad de revocación de una sentencia absoluta, en sede de recurso de casación, es ciertamente escasa.

Esta doctrina jurisprudencial ha alcanzado además rango legal en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, publicada en el *B.O.E.* de 6 de octubre de 2015, que modificó el artículo 792.2 de la LECrim en los siguientes términos: «la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absoluta o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa».

No es esta la primera vez que las acusaciones en general y el Ministerio Fiscal en particular ven limitada su capacidad de reacción ante sentencias absolutivas/estimativas. Debemos aquí recordar la doctrina de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, mantenida fundamentalmente en las sentencias de 8 junio 1991, 6 octubre 1992, 22 mayo 1993, 16 de febrero y 17 de noviembre de 1995, 28 de noviembre de 1996, 7 de noviembre de 2002 y 19 de mayo y 23 de junio de 2003, según la cual el otorgamiento del amparo constitucional efectuado por el Tribunal de instancia, reconociendo el derecho a la presunción de inocencia del expedientado, por falta de prueba de cargo suficiente para enervarla, no es revisable en casación, pues no se infringe con ello precepto alguno constitucional, sino que se observa, y ello por dos razones: a) porque el artículo 5.4 de la Ley Or-

¹ El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el 19 de diciembre de 2012, sentó como criterio que «La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la ley». Como señala la Sentencia de esa Sala de 14 de octubre de 2016 «el camino innovador (audiencia del acusado o reproducción de la prueba personal) que en algún momento ha sugerido la jurisprudencia constitucional (STEDH de 20 de septiembre de 2016, asunto *Hernández Ray c. España*), solo cabe implantarlo en apelación, pero no en la casación».

gánica del Poder Judicial autoriza la fundamentación de un recurso de casación en la infracción de un precepto constitucional, es decir en su falta de aplicación y sería hacer un uso impropio o inadecuado del mismo entender que fuera precisamente su «aplicación» positiva o favorable a su reconocimiento por el Tribunal *a quo* lo que pudiera revisarse en casación y b) porque en definitiva al impugnar casacionalmente la aplicación del derecho a la presunción de inocencia efectuada en la sentencia recurrida, en realidad lo que se está impugnando es la valoración de la prueba que el Tribunal de instancia ha efectuado, pretendiendo, de manera velada, sustituirla por la propia del recurrente, lo que no es posible en el recurso contencioso-disciplinario militar.

2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La doctrina aquí examinada hunde sus raíces en la jurisprudencia del TEDH. La primera resolución que abordó esta materia fue el caso Ekbatani contra Suecia (STEDH de 26 de mayo de 1988). Luego vendrían tres SSTEDH con la misma fecha: 29 de octubre de 1991 (caso Helmers contra Suecia, caso Jan-Ake Anderson contra Suecia y caso Fejde contra Suecia). Dicha doctrina fue consolidada en pronunciamientos posteriores: SSTEDH de 8 de febrero de 2000, caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino; STEDH 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania, y STEDH 25 de julio de 2000, caso Tierce y otros contra San Marino. En idéntico sentido, entre las más recientes, STEDH de 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios contra España; STEDH de 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández contra España; STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España; STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España; STEDH 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo contra España; STEDH de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España; STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García contra España, o STEDH de 23 de febrero, caso Pérez Martínez contra España.

Curiosamente, en el caso Ekbatani contra Suecia no se trataba de la reforma peyorativa de un previo pronunciamiento absolutorio, sino que la queja del demandante se fundamentaba en que el Tribunal de apelación falló su causa sin que se celebrase audiencia, violentándose con ello lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales².

² Artículo 6.1: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada

Afirmaba en esta Sentencia el TEDH que «la falta de una vista pública en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se haya celebrado en la primera. Así, en los procedimientos para autorizar la interposición del recurso de apelación, o que se refieran exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, se cumplirán los requisitos del artículo 6, aunque el Tribunal de apelación o de casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente». Ello no obstante, continuaba, en el caso examinado el Tribunal de apelación tenía que estudiar en su conjunto la culpabilidad o la inocencia del demandante, circunstancias que no podían ser resueltas sin un examen directo y personal del demandante —que en el caso debatido siempre había mantenido su inocencia—, siendo, pues, necesaria la celebración de una nueva audiencia en presencia de los interesados.

La STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España, hace extensiva esta doctrina a los juicios de inferencia al declarar que el Tribunal Supremo, al revisar y casar la absolución en la instancia, «llegó a su valoración de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos acreditados por la instancia inferior (los documentos del expediente). Sin embargo, para llegar a esta inferencia, el Tribunal Supremo, no ha oído al acusado, que no ha tenido la oportunidad (inexistente en el recurso de casación) de hacer valer ante el Tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación y tener una voluntad fraudulenta».

Por su parte, la STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García contra España, tras declarar que el Tribunal Supremo efectuó una nueva valoración y reinterpretación de los hechos declarados probados por la Audiencia, recuerda que «el artículo 849, § 2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no concede al Tribunal Supremo la capacidad de efectuar una nueva valoración de las pruebas de índole no documental. Por ende, en el presente caso, no tenía competencia para volver sobre los hechos declarados probados, la tarea del juez de casación es la de pronunciarse sobre las reglas aplicables a un caso concreto, así como sobre su interpretación, incluido, como en el presente caso, la tipificación jurídica del proceder de los acusados».

En la reciente Sentencia de 23 de febrero de 2016 el TEDH entendió, sin embargo, que en la reforma peyorativa efectuada por el Tribunal Supremo no había existido violación del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Se examinaba en este caso la demanda de quien fuese secretario general del «Partido Comunista de España Reconstituido» (PCER), brazo político del grupo terrorista «Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre» (GRAPO). Acusado en 2007 de haber contribuido en la organización del secuestro del empresario Publio Cerdón, fue absuelto por la Audiencia Nacional al estimar que no había quedado probado que aquel decidiera o diera la orden de secuestrar al empresario. Recurrido tal pronunciamiento en casación el Tribunal

de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

Supremo, confirmó los hechos probados pero planteó la cuestión de la responsabilidad por omisión del secretario general, que podría haber ordenado poner fin a la detención. El Tribunal Supremo estableció que la responsabilidad penal por omisión de los dirigentes de un partido político que actúa como organización criminal podía dar lugar a una condena si su control sobre el origen de los riesgos pudiera ser acreditado. Estimó, especialmente, que el demandante, por el hecho de su posición a la cabeza del PCER y del GRAPO, disponía de un poder de mando suficiente para ordenar la liberación de la víctima, pero que no hizo ningún intento para poner fin a la detención. Por tanto, el Tribunal Supremo estimó el recurso y condenó al demandante a siete años de prisión y a indemnizar a las víctimas. Ante la queja del demandante de que no había sido oído personalmente por el Tribunal Supremo y de que no se celebrara una audiencia pública ante dicha jurisdicción, el TEDH consideró que no era necesaria una audiencia pública, en la medida en que la cuestión debatida era predominantemente jurídica, no se modificó el relato fáctico de la sentencia de instancia, se rechazó la solicitud de prueba de las partes acusadoras y el acusado pudo formular alegaciones tanto sobre la concurrencia del tipo penal como sobre la pena aparejada.

2.2. Tribunal Constitucional

La recepción de esta doctrina en nuestra jurisprudencia tiene lugar con la STC 167/2002, de 18 de septiembre³. Hasta ese momento, el Tribunal Constitucional había desestimado denuncias de vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la eventual falta de intermediación del órgano de apelación en la valoración de la prueba, al considerar que no se lesionaba «tal principio cuando en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de intermediación y contradicción» en la segunda instancia penal, sin que nada se pueda oponer «a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia», pues el juez *ad quem*, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, se halla en idéntica situación que el juez *a quo* y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo* (STC 120/1999, de 28 de junio, reiterando doctrina recogida en las SSTC 43/1997, de 10 de marzo y 172/1997, de 14 de octubre)⁴.

³ La demanda de amparo que motivó dicha resolución tuvo por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de marzo de 1998, que revocó la dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de dicha ciudad, de 16 de octubre de 1997, que había absuelto a los solicitantes de amparo del delito contra los derechos de autor del que venían siendo acusados.

⁴ A fin de rectificar la jurisprudencia mantenida hasta ese momento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el Pleno recabó para sí el conocimiento del recurso de amparo interpuesto.

En línea con la jurisprudencia del TEDH antes expuesta, entiende el Tribunal Constitucional en la Sentencia a la que estamos haciendo referencia que debe prosperar la queja de los recurrentes, «pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción».

A partir de este pronunciamiento se fue consolidando una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre otras, SSTC 126/2012, de 18 de junio; 22/2013, de 31 de enero, o 43/2013, de 25 de febrero), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora —como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, o 1/2010, de 11 de enero), sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria—.

Para esta jurisprudencia, que, repetimos, arranca con los pronunciamientos formulados por la STC 167/2002, no cabría sin embargo efectuar reproche constitucional alguno:

- Cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio y 2/2013, de 14 de enero).
- Cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración —como es el caso de pruebas documentales (STC 272/2005, de 24 de octubre, o 153/2011, de 17 de octubre) o pruebas periciales documentadas (SSTC 143/2005, de 6 de junio, o 142/2011, de 26 de septiembre)—.
- Cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en esta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, o 91/2009, de 20 de abril).

Pero, como afirma la STS 2.^a de 14 de octubre de 2016 (Pte. Antonio del Moral), «las modulaciones y precauciones que el TC manejó al iniciar en 2002

esta senda interpretativa han acabado por derrumbarse avasalladas por la casi ausencia de todo matiz en el TEDH».

Efectivamente, esta relectura de su propia jurisprudencia la comienza a realizar el TC en su Sentencia 184/2009, de 7 de septiembre, y la finaliza con la STC 88/2013, de 11 de abril. Señalaba la primera que también de conformidad con la misma doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en la STC 167/2002, en aquellos casos en los que se condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, o se agravan sus consecuencias, debe igualmente atenderse a la eventual exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (artículo 24.2 de la CE).

A partir de ello, este Tribunal ha concretado, de manera ya especialmente contundente en la citada STC 88/2013, que la exigencia de presencia del acusado en el juicio de segunda instancia se produce en los supuestos en que se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, habida cuenta de que su objeto es posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Por tanto, solo si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril; 153/2011, de 17 de octubre, o 88/2013, de 11 abril). Se impone pues la audiencia directa del acusado por el Tribunal *ad quem* antes de resolver aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o en una revisión de inferencias⁵.

2.3. Tribunal Supremo

2.3.1. Sala Segunda

Hasta bien entrado el año 2010 la Sala 2.^a del TS no comienza a hacerse eco de la jurisprudencia aquí analizada, siendo las primeras en citar el caso Ekbatani contra Suecia, bien que de modo incidental y sin contribuir a la decisión del caso, las SSTS de 10 y 25 de noviembre de 2010. En la STS 450/2011, de 18 de mayo, encontramos la primera estimación, en aplicación de este cuerpo doctrinal, de un re-

⁵ STC 126/2012, de 18 de junio: «también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo —u otro elemento subjetivo del tipo— no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado».

curso de casación que había sido interpuesto como consecuencia de la condena por el Tribunal *ad quem* a un delito por el que se había absuelto en la instancia. Razonaba el TS en esta Sentencia que «la convicción del Tribunal de primera instancia se formó, por lo tanto, sobre la base de la credibilidad que le merecieron aquellas pruebas personales, declaraciones de los acusados y testimonios que percibieron, viéndolos y oyéndolos en el plenario, y aceptándolos como plausibles, sobre los datos indiciarios únicos, y de no suficiente consistencia —como veremos— para reputar aquella arbitraria o contraria a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia, que atendió el Tribunal de Apelación, careciendo de toda inmediatez, reintroduciendo a pesar de ello en el *factum* un hecho no probado y eliminando dos que sí fueron declarados probados... lo cierto es que la Sala de Apelación quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Tribunal del Jurado las pruebas de carácter personal —desde el prisma de la credibilidad de los declarantes— al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente —con una profundidad distinta y muy superior a la que proporciona el formal derecho a la última palabra— a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado la Sala de apelación dicho límite, vulneró el derecho de la recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la CE conforme a la expuesta doctrina del TC y del TEDH».

Significativo es, por su contundencia, el contenido de la STS 70/2014, de 3 de febrero, donde se afirmaba: «En un principio se admitía la revocación cuando se trataba de una nueva valoración basada en prueba documental (artículo 849.2 de la LECrim.); o cuando respetando los hechos se realiza una nueva deducción o inferencia (STC 60/2008, de 26 de mayo). Hoy han claudicado esas dos excepciones. En la actualidad puede afirmarse de forma tajante que no es posible en casación a través del artículo 849.2 de la LECrim transmutar una absolución (aún parcial) en una condena».

2.3.2. Sala Quinta

La primera Sentencia de la Sala de lo Militar del TS que se plantea la aplicación al caso de la doctrina del TEDH fue la de 9 de diciembre de 2011, aunque si bien se recordaba que «dicho Alto Tribunal tiene declarado que las Sentencias condenatorias que se dicten resolviendo un Recurso de Apelación deducido frente a Sentencia absolutoria recaída en la primera instancia, deben fundarse en las pruebas de cargo que se hubieran practicado en la vista pública, celebradas ante dicho Tribunal Superior en condiciones de contradicción, inmediatez y publicidad», exceptuaba todavía de su aplicación, además de los supuestos de mera subsunción jurídica, la valoración de las pruebas documentales y las inferencias que por su parte pudiera alcanzar el órgano revisor⁶.

⁶ La sentencia casada por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo comentada había acordado absolver a un militar del delito de embriaguez en acto de servicio de armas por ausencia de prueba en

Sentencias como la de 24 de abril de 2014 o 21 de diciembre de 2015 ya concluían, sin embargo, que se pueden revisar sentencias absolutorias «siempre que partamos estrictamente del relato fáctico realizado por el Tribunal sentenciador, sin incluir nuevas valoraciones de hecho, incluidas las de tipo subjetivo». Decía al respecto esta última resolución que un motivo de casación articulado a través del artículo 849.2 de la LECrim contra una sentencia absolutoria tiene necesariamente que ser desestimado, «en primer lugar, por su propio espíritu y finalidad, dado que su objetivo consiste en la modificación del relato fáctico y, como ya hemos expresado, los límites del recurso de casación frente a sentencias absolutorias deben respetar siempre dicho relato. En segundo lugar, por la propia doctrina jurisprudencial que establece los requisitos para la estimación de este motivo, que exige expresamente que la propuesta de modificación fáctica pretendida con el mismo no se encuentre en contradicción con otras pruebas, lo que obligaría al Tribunal Casacional a valorar estas otras pruebas, incluidas las de naturaleza personal y la declaración exculpatoria del acusado, valoración que no puede realizar, conforme ya se ha expuesto, de acuerdo con la doctrina del TEDH y del Tribunal Constitucional» (en este mismo sentido SSTS, Sala Quinta, de 4, 14 y 25 de julio de 2017).

3. EL ARTÍCULO 849.2 DE LA LECRIM Y LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

Como veíamos al examinar la evolución de la jurisprudencia constitucional, en un primer momento no se formuló reproche alguno a los supuestos en los que la condena pronunciada en vía de recurso o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenía su origen en una alteración fáctica que, o bien resultaba del análisis de medios probatorios que no exigían presenciar su práctica para su valoración, caso de las pruebas documentales (STC 272/2005, de 24 de octubre, o 153/2011, de 17 de octubre) o de las pruebas periciales documentadas (SSTC 143/2005, de 6 de junio, o 142/2011, de 26 de septiembre) o, en su caso, se producía como consecuencia de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se hubiese limitado a rectificar la inferencia realizada por el de instancia.

La revisión antes expuesta de estos iniciales pronunciamientos no ha dejado de tener efectos sobre los motivos de casación por infracción de ley que contempla el artículo 849 de la LECrim. Ningún obstáculo existiría a que, por la vía que

cuanto al dolo o la culpa de la embriaguez. Entiende, sin embargo, la Sala Quinta que «la inferencia plasmada en la Sentencia violenta las reglas de la lógica y entra en contradicción con los hechos probados. Al acusado se le encontró embriagado, bajo los efectos de una aguda intoxicación alcohólica, habiendo consumido poco antes bebidas de esta clase concretadas en dos combinados a base de whisky... El dato de un consumo reducido, como sucede en este caso, no quiebra la deducción que esta Sala considera lógica ya que la cantidad de la ingesta no tiene por qué afectar a todas las personas de igual modo, sino que, bien al contrario, los efectos resultan variables según situaciones llenas de relativismo y circunstancialidad», concluyendo que «el acusado obró culposamente, omitiendo el deber objetivo y subjetivo de cuidado que le era exigible en el caso».

ofrece el apartado 1.º de este precepto, se postule la rectificación de un erróneo juicio de subsunción que haya llevado en la instancia a la absolución del imputado. El debate jurídico sobre el que convergen líneas argumentales que se construyen a partir de la observancia del *factum* permite un desenlace condenatorio en casación sin que se resienta ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria.

Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2.º del artículo 849 de la LECrim, esto es, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión, como viene recordando la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS, «ofrece otros matices».

En efecto, como señala la STS 976/2013, 30 diciembre, «la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que “...demuestren la equivocación del juzgador”, ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado artículo 849.2 de la LECrim. En él se exige que esos documentos no resulten “...contradichos por otros elementos probatorios”. Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario». Pero esa valoración aparece hoy vedada cuando las pruebas personales no han sido presenciadas por el Tribunal *ad quem*, por lo que cabe concluir que la capacidad revisora del artículo 849.2.º de la LECrim ha de entenderse ya extremadamente reducida cuando se utiliza *contra reo*.

Otra de las consecuencias de la incorporación de los criterios del TEDH a nuestro sistema casacional ha sido la modificación de la doctrina jurisprudencial sobre la evaluación de la racionalidad de los denominados «juicios de inferencia» por la vía de la infracción de ley. En su día, la Sala 2.ª del TS apreció que la intangibilidad de una cuestionable valoración del elemento subjetivo del delito por el Tribunal de instancia podía impedir el ejercicio pleno de la función jurisprudencial unificadora en determinados supuestos, dando lugar a respuestas penales diferenciadas. Sin embargo, desde el año 2011 son numerosas⁷ las resoluciones en las que se ratifica la consideración de los elementos subjetivos como hechos

⁷ STS 29 de septiembre de 2011, de 5 de octubre de 2011, de 15 de noviembre de 2011, de 17 de noviembre de 2011, de 22 de diciembre de 2011, de 29 de diciembre de 2011, 18 de enero de 2012, de 25 de enero de 2012, de 12 de marzo de 2012, de 4 de abril de 2012, de 25 de junio de 2012, de 10 de julio de 2012, de 19 de julio de 2012, de 20 de septiembre de 2012, de 11 de octubre de 2012, de 25 de octubre de 2012, de 31 de octubre de 2012, de 2 de noviembre de 2012, de 8 de noviembre de 2012, de 28 de noviembre de 2012, de 3 de diciembre de 2012, de 18 de diciembre de 2012, 20 de diciembre de 2012, 29 de enero de 2013, de 6 de febrero de 2013, de 21 de febrero de 2013, de 13 de marzo de 2013, de 15 de marzo de 2013, de 3 de mayo de 2013, de 16 de mayo de 2013, de 24 de mayo de 2013, de 28 de mayo de 2013, de 12 de junio de 2013, de 27 de junio de 2013, de 26 de noviembre de 2013, entre otras.

subjetivos y, en consecuencia, ligados al derecho a la presunción de inocencia y afectados por la doctrina jurisprudencial aquí examinada.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 25 de noviembre de 2014 recuerda que «en definitiva, hoy es un lugar pacífico en la doctrina del Tribunal Constitucional como de esta Sala que en lo referente a la concurrencia de los elementos subjetivos del delito —el dolo en su doble acepción de conocimiento y consentimiento—, forman parte de los hechos, la naturaleza de hechos subjetivos no le priva de su naturaleza fáctica —por eso hemos dicho que deben constar en el *factum*—, por ello cuando en apelación o en casación se quiere revisar la razonabilidad de los juicios de inferencia en clave absolutoria alcanzados por el Tribunal de instancia, con la finalidad de arribar a una conclusión condenatoria será preciso oír nuevamente a la persona absuelta en la instancia porque la apreciación del elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al absuelto antes de dictarse sentencia condenatoria en apelación contra él».

El Tribunal de casación puede sin embargo fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir, en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. O cuando se calificase por el Tribunal de instancia de dolo eventual una conducta en la que a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico, sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O, en fin, cuando el Tribunal de instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Lo que no puede hacer, repetimos, es acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.

Al examinar una absolución en instancia de un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del artículo 578 del Código Penal, la STS 2.^a de 18 de enero de 2017 mantuvo, en relación con lo que acabamos de exponer, que «la correcta ubicación del dolo, cuya naturaleza subjetiva no es incompatible con su dimensión fáctica, es la que ofrece el relato de hechos probados. En consecuencia, la afirmación en la instancia de que no han quedado acreditados los elementos fácticos que definen el tipo subjetivo, cerraría la puerta a toda posibilidad de revisión casacional de una sentencia absolutoria. Cuestión distinta es que el bloqueo de un pronunciamiento absolutorio pretenda obtenerse de la falta de acreditación de un elemento subjetivo —el móvil del acusado— que no coincide

con el dolo y que, precisamente por ello, no enriquece el tipo subjetivo. El artículo 578 del Código Penal solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. En el presente caso, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia. Es así como queda colmada la tipicidad subjetiva del delito por el que el fiscal formula acusación»⁸.

4. POSIBILIDAD DE REVOCAR PRONUNCIAMIENTOS ABSOLUTORIOS EN CASACIÓN

De todo lo hasta ahora expuesto se desprende que la posibilidad de revocar pronunciamientos absolutorios en casación se reduce en la actualidad a un doble supuesto y con distinto alcance. Por un lado, a través del motivo de infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, con intervención de la defensa técnica pero sin audiencia personal del reo. De otro, cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma haya vulnerado lo recogido en los artículos 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos de la Constitución española, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

4.1. Artículo 849.1 de la LECrim

El TEDH ha apreciado la vulneración del artículo 6.1.º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero ha considerado, *a contrario sensu*, que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de instancia. En igual sentido se ha ido pronunciando el TC, que dijo en su Sentencia 88/2013, de 11 de abril, que «se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, o 2/2013, de 14 de enero)», e insistió en que «si el debate planteado en segunda instancia

⁸ La Sentencia de 18 de julio de 2016 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional absolvió al acusado al entender que no había quedado acreditado que con los comentarios publicados en la red social Twitter (entre otros «a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora» o «Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina») el acusado buscara defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a las víctimas.

versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril, y 153/2011, de 17 de octubre)».

La revisión por vía del artículo 849.1 de la LECrim se concreta en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos ya reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Y en esa posibilidad de corrección de errores de subsunción se incluye la de los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos.

Suele además recordar la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS (entre otras, STS de 14 de julio de 2016), que la función esencial de dicha Sala, en la que actúa específicamente como el órgano superior del orden jurisdiccional penal conforme al cometido que le atribuye el artículo 123 de la CE, es precisamente la que realiza a través del cauce de la infracción de ley. Esta permite corregir errores de subsunción y fijar criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y además los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley. Todo ello sin perjuicio de la función unificadora que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, se proyecta sobre el ordenamiento procesal penal.

En la función de tutela de derechos fundamentales no actúa sin embargo el TS como órgano supremo, pues se encuentra determinado por la jurisprudencia del TC, máximo intérprete de la Constitución, que en esta materia puede revisar sus resoluciones [artículos 123 y 161.b) de la CE]. Revisión que no se extiende constitucionalmente a la interpretación de la norma penal ordinaria.

Es por ello muy relevante que el Tribunal Supremo pueda realizar con efectividad esta función unificadora, tanto en los supuestos en los que los órganos sentenciadores interpretan erróneamente los tipos penales en perjuicio del reo como si lo hacen en perjuicio de las víctimas o perjudicados.

4.2. Derecho a la tutela judicial efectiva

La otra posibilidad de revisión de pronunciamientos absolutorios en casación surge, como hemos dicho, cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, con vulneración de lo dispuesto en los artículos 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos de la CE, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

En relación con lo anterior es importante distinguir los efectos del derecho a la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia, en el sentido de que el derecho a la tutela judicial efectiva se extiende solamente a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos en que se funda la absolución o la condena, pero no a la existencia o inexistencia de tales motivos. Por ello, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de motivo para condenar supone la absolución del acusado mientras que cuando se vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios (SSTS 178/2011, de 23 de febrero, y 631/2014, de 29 de septiembre). En cualquier caso es necesario precisar que una ausencia relevante de motivación que no verse sobre la valoración sino sobre la propia concurrencia de prueba suficiente para fundamentar la condena, constituye en realidad una vulneración del derecho a la presunción de inocencia que debe determinar directamente la absolución.

Ello, no obstante, no se puede reconvertir el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que coloque a este derecho fundamental al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, en perjuicio de los ciudadanos acusados para quienes se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (entre otras, SSTS 631/2014, de 29 de septiembre; 189/2015, de 7 de abril; 209/2015, de 16 de abril, o 246/2015, de 28 de abril).

La supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés (entre otras, STS 350/2015, de 21 de abril).

Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la arbitrariedad en los supuestos absolutorios los mismos parámetros que en los condenatorios, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

La fuerza poderosa del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe superar toda prueba de cargo y toda motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria. Por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del *ius puniendi*, para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos absolutamente excepcionales y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En conclusión, en los casos en que la irracionalidad en la valoración adquiera entidad para vulnerar la tutela judicial efectiva de quien reivindica la condena,

el Tribunal de casación no puede sustituir al de instancia en la valoración de una prueba que no ha presenciado, por lo que la consecuencia de la mencionada vulneración no puede ser otra que la nulidad de las actuaciones y devolución a la instancia para nuevo examen.

5. CONCLUSIONES

1.^a) Es hoy doctrina consolidada en nuestra jurisprudencia que cuando un Tribunal de instancia haya establecido los hechos probados sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales, la rectificación de cualquiera de aquellos para construir un nuevo relato fáctico que dé lugar al dictado de una sentencia condenatoria o un agravamiento de la anterior requiere una audiencia pública en la que sean oídos los testigos, peritos y acusados.

2.^a) Como quiera que en casación no existe un trámite de audiencia al acusado absuelto, pues ni lo recoge la ley ni es compatible con la propia naturaleza de este recurso, la posibilidad de revocar pronunciamientos absolutorios en casación se reduce en la actualidad a un doble supuesto: por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim y por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no haya obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma haya sido arbitraria, irrazonable o absurda.

3.^a) La supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés, por lo que no se puede reconvertir el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que coloque a este derecho fundamental al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, en perjuicio de los ciudadanos acusados para quienes se ha establecido constitucionalmente.

3. LA EVOLUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA CIDEFO EN CONSONANCIA CON LA IMPLANTACIÓN DEL USO FLEXIBLE DEL ESPACIO AÉREO

*Ana Pilar Velázquez Ortiz
Comandante auditora*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La cooperación civil y militar para la gestión del uso del espacio aéreo. 3. Las directrices de la OACI en relación a la necesidad de coordinación entre la aviación civil y militar. 4. Las competencias inicialmente asumidas por la CIDETRA y las capacidades de la actual CIDEFO. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La concepción soberanista del espacio aéreo viene manteniéndose desde la celebración del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944 (en adelante, Convenio de Chicago) y ha sido incorporada, asimismo, al ordenamiento español. En este sentido, la Ley de Navegación Aérea (en adelante, LNA), en su artículo 1, afirma que «el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado español». En efecto, se trata del mismo concepto que puede encontrarse en el Convenio de Chicago cuando establece que «los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio» y, al definir los límites del espacio aéreo de soberanía establece que «a los fines del presente Convenio, se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas jurisdiccionales adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de un Estado».

Como afirma Rivero¹, el sometimiento del espacio aéreo a la soberanía del Estado subyacente supone la necesidad de contar con la autorización estatal para

¹ RIVERO HIDALGO, C. *La gestión del espacio aéreo*. Comunicación presentada al I Congreso Internacional de Estudios Militares. Disponible en el sitio web: www.estudiosmilitares.es/comunicaciones.

que las aeronaves extranjeras puedan surcar el mismo, ya que es cada Estado el que ha de regular el uso de su propio espacio. En consecuencia, por razones de seguridad se pueden prohibir o restringir los vuelos de aeronaves extranjeras sobre determinadas zonas del territorio (zonas de seguridad o zonas prohibidas). En España, estas zonas se regulan por las Órdenes Ministeriales de 18 de enero de 1993, 2 de junio de 1994 y 6 de junio de 1997². La utilización del espacio aéreo por aeronaves españolas está, por su parte, sometida a intervención administrativa de la Dirección General de Aviación Civil.

Sin embargo, esta concepción soberanista está llamada si no a desaparecer sí, al menos, a verse fuertemente difuminada. Son distintos los factores que, en un primer análisis, pueden llevar a dicha conclusión. En todo caso, la necesidad de armonizar el uso del espacio aéreo con el incremento de la aviación civil y las crecientes necesidades militares hacen que esta concepción del espacio aéreo, concebido como un ámbito exclusivo de un único Estado, se vea abocada a flexibilizarse.

En esa tendencia resulta esencial la iniciativa europea. Por ello, parece necesario realizar un estudio que, aun de forma somera, examine la implantación del llamado uso flexible del espacio aéreo.

En este estudio será determinante atender a las cuestiones relativas a la regulación proveniente del ámbito comunitario. La Unión Europea, tradicionalmente, ha abogado por la libertad de circulación de personas, bienes y capitales y el espacio aéreo no ha quedado al margen de dicho propósito. Sin embargo, hubo que esperar al año 2004 para contemplar la constitución del Cielo Único Europeo (en adelante, *SES*, es decir, *Single European Sky*), a través de la aprobación de los Reglamentos 549, 550, 551 y 552 del Parlamento y el Consejo³. A través de la creación de este *SES* se pretende llegar a una gestión unitaria del espacio aéreo que permita prescindir de las fronteras naturales de los Estados miembros. Esta ambiciosa tarea, sin embargo, habrá de hacerse poniendo en juego múltiples factores.

Así, la implantación de este concepto conllevará, ineludiblemente, la adopción de medidas de índole interno. Ello es así incluso cuando su implantación se realiza, como se verá, a través de una norma con el rango de Reglamento, es decir, directamente aplicable por los Estados, sin necesidad de adaptación o trasposición como ocurre con las Directivas.

² Orden de 18 de enero de 1993, sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo, *B.O.E.* n.º 20, de 23 de enero de 1993; Orden de 18 de enero de 1993, sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo, *B.O.E.* n.º 20, de 23 de enero de 1993, y Orden de 6 de junio de 1997, por la que se modifica la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, de 18 de enero de 1993, sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo, *B.O.E.* n.º 142, de 14 de junio de 1997.

³ Reglamento (CE) n.º 549/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004, por el que se fija el marco para la creación del cielo único europeo; Reglamento (CE) n.º 550/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004, relativo a la prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo (Reglamento de Prestación de Servicios); Reglamento (CE) n.º 551/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004, relativo a la organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo (Reglamento del Espacio Aéreo), y Reglamento (CE) n.º 552/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004, relativo a la interoperabilidad de la red europea de gestión del tránsito aéreo (Reglamento de Interoperabilidad).

Pues bien, las implicaciones que dicha asunción tendrá en el nivel interno serán diversas y aquí se prestará especial atención a la evolución de la Comisión Interministerial que, tradicionalmente, ha coordinado la aviación civil y la militar. De este modo podrá verse que, desde la creación de la originaria Comisión Interministerial entre Defensa y Transportes (en adelante, CIDETRA), en el año 1978, hasta las funciones asumidas por la actual Comisión Interministerial de Defensa y Fomento (en adelante, CIDEFO), la coordinación civil y militar en el ámbito que nos ocupa ha evolucionado de tal modo que permite comprobar su esencial papel en la implantación del uso del espacio aéreo tal como requiere la actualidad.

El citado Reglamento 551/2004 regula la organización y utilización de Cielo Único Europeo implantando lo que se han denominado bloques funcionales. Estos bloques funcionales «son instrumentos promovidos por la iniciativa Cielo Único Europeo, basados en la colaboración entre países vecinos para mejorar la eficiencia en la gestión de sus respectivos espacios aéreos». Así se definen por parte del Gobierno de España que, con fecha 18 de noviembre, acogió la reunión del celebró en Consejo de Gobierno del bloque de espacio aéreo hispano-portugués. De la información que el propio Gobierno de España facilita se deduce la favorable valoración, por parte del sector aeronáutico, en relación con las mejoras implantadas en el espacio aéreo hispano-portugués⁴.

2. LA COOPERACIÓN CIVIL Y MILITAR PARA LA GESTIÓN DEL USO DEL ESPACIO AÉREO

Como pone de manifiesto Ospina Mosquera⁵, el tráfico aéreo en general, es decir, comercial, civil, deportivo, de observación, prueba y entrenamiento, abarca más

⁴ Con posterioridad a la celebración de la reunión del Consejo de Gobierno se informó lo siguiente: «Durante los días 17 y 18 de noviembre se ha celebrado en Madrid la 9.ª Reunión del Consejo de Gobierno del Bloque Funcional de Espacio (FAB) hispano-portugués, constituido por las autoridades aeronáuticas civiles y militares de ambos países. Los Bloques Funcionales de Espacio Aéreo, conocidos habitualmente como FAB, esta colaboración permite reducir los retrasos e ineficiencias asociadas a la fragmentación del espacio aéreo europeo. Actualmente existen nueve Bloques Funcionales definidos que agrupan los espacios aéreos de los Estados miembros de la Unión Europea. España y Portugal comparten el denominado Bloque Funcional del Sudoeste, establecido en 2013. Durante el encuentro, los asistentes pudieron constatar el esfuerzo realizado en los últimos años para gestionar la creciente demanda de vuelos. Como novedad en esta ocasión se presentó la nueva edición del Plan Operacional Común para el FAB, que recoge las medidas y proyectos previstos para el periodo 2017-2021. El principal objetivo para los próximos años será la implantación de mejoras tecnológicas desarrolladas al amparo del programa SESAR, el brazo tecnológico de la iniciativa Cielo Único, en el que participa una amplia representación de la industria europea, proveedores de servicio, instituciones y Gobiernos, en un esfuerzo conjunto para lograr, en 2020, una red europea de gestión del tráfico aéreo de altas prestaciones. La edición del Plan Operacional presentada en Madrid incorpora, asimismo, proyectos para la armonización técnica, la mejora en el intercambio de datos y la optimización y uso flexible del espacio aéreo. Todas estas iniciativas están orientadas a mejorar la eficiencia de los vuelos, incrementar la capacidad del sistema y reducir el impacto ambiental, manteniendo en todo momento los altos estándares de seguridad que demanda la aviación de nuestros días». Información disponible en el sitio web: <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mfom/Paginas/2016/181116espacioaereo.espana.aspx>.

⁵ OSPINA MOSQUERA, N. C. *La política comunitaria del cielo único europeo. Reflexiones sobre su impacto en el principio de soberanía. Repercusiones en la política de liberalización del transporte*

del 95 por 100 de los movimientos que realizan las aeronaves que vuelan de un punto a otro y que requieren corredores protegidos para volar en condiciones de seguridad

Por lo tanto, únicamente el 5 por 100 restante del tráfico aéreo estará representado por el tráfico militar. Sin embargo, estas necesidades no pueden ser objeto de valoración meramente numérica o en términos de cantidad de tiempo, toda vez que, como la misma autora expone, ello exigirá grandes volúmenes de espacio en el que las aeronaves militares puedan efectuar prácticas y operaciones con distinto tipo de armamento. Este uso, lejos de considerarse minoritario o residual, ha de ser valorado teniendo presente que puede llegar a condicionar «las normas de gestión del tráfico aéreo que deben tener en cuenta las especificidades del uso militar». Por este motivo, la credibilidad de la reorganización de la gestión del tráfico aéreo en Europa y el real funcionamiento de la política europea dependerá de la participación de las autoridades militares en la definición y la aplicación del marco regulador, que integre sus exigencias.

A juicio de Castresana⁶ no se tratará con ello de dividir el espacio aéreo en zonas de utilización civil o militar, sino, antes bien, de compatibilizar las actividades civiles y militares en las mismas áreas, limitando al máximo las reservas y restricciones de uso. Para el autor, se trata de una tarea realmente importante «en aquellos países donde el tráfico aéreo está congestionado. El uso flexible del espacio aéreo requiere una adecuada coordinación y utilización de nuevas técnicas, tanto en lo relativo a su estructuración como a la gestión del tránsito». Asimismo, se pone de manifiesto cómo «la importancia del elemento militar es tal que su definición fue la clave para la aprobación del programa de cielo único»⁷.

Esta iniciativa, pues, consiste en una utilización del espacio que permita a las aeronaves civiles usar parte del espacio aéreo, hasta ahora reservado a las Fuerzas Armadas, siempre que tal uso sea objeto de una planificación conjunta, teniendo en cuenta tanto las necesidades civiles como las militares.

Como posteriormente se verá, este uso no solo flexible sino eficiente del espacio aéreo exige una precisa coordinación en todos los estadios de planificación. En este sentido, como recoge Ospina Mosquera, la planificación y gestión se realiza en tres niveles diferentes: el estratégico, el pretáctico y el táctico⁸. Esta misma

Aéreo. Principios y mecanismos de estructuración. Disponible en el sitio web: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/84240>.

⁶ MUÑOZ CASTRESANA, J. J. (1996). *El control del espacio aéreo en situaciones de paz, crisis y guerra.* Disponible en el sitio web: <https://dialnet.unirioja.es>

⁷ OSPINA MOSQUERA, N. C. *La política comunitaria del cielo único europeo. Reflexiones sobre su impacto en el principio de soberanía. Repercusiones en la política de liberalización del transporte Aéreo. Principios y mecanismos de estructuración.* Disponible en el sitio web: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/84240>.

⁸ En el primero de ellos, se establece una planificación a largo plazo de la política estatal del espacio aéreo y de sus estructuras, mediante un proceso conjunto civil y militar en el que los usuarios están informados, con antelación suficiente, de las rutas adicionales disponibles y de las condiciones de utilización. En el segundo, la gestión se realiza día a día, a través de un método en el cual el día anterior a las operaciones la Célula de Gestión del Espacio Aéreo recoge y analiza todas las peticiones de utilización del espacio aéreo, las negocia y decide diariamente su asignación; esta etapa comprendería todas las posibles confirmaciones o modificaciones de la disponibilidad de las rutas y finalmente un

estructura es recogida tanto por la Organización Internacional de Aviación Civil (en adelante, OACI) como por la Unión Europea en la normativa aplicable al asunto, en este caso, el Reglamento 2150/2005⁹.

3. LAS DIRECTRICES DE LA OACI EN RELACIÓN A LA NECESIDAD DE COORDINACIÓN ENTRE LA AVIACIÓN CIVIL Y MILITAR

La utilización flexible del espacio aéreo es asumida por España como parte de la aplicación del acervo comunitario, pues ya se ha señalado que la norma que regula y establece dicho concepto resulta directamente aplicable. Sin embargo, tampoco en este aspecto la OACI ha permanecido ajena¹⁰. Así, en su Circular 330 del año 2011, al exponer las ventajas de la cooperación entre los Estados, la Organización hace especial énfasis en la interoperabilidad que habrá de conseguirse en el ámbito superior, es decir, el estratégico y político y, para ello, se considera imprescindible la cooperación civil y militar. De la misma manera, la OACI entiende que es necesario contar para ello con la existencia de un marco normativo, de una iniciativa regional, así como con la propia voluntad de los Estados.

Esta cooperación civil y militar es igualmente puesta de manifiesto por la Organización al abordar la definición y gestión del uso flexible del espacio aéreo. Asimismo, la OACI pone de manifiesto que, pese a esa coordinación ha sido lograda en numerosos Estados, en ciertas ocasiones el espacio restringido, finalmente, no ha sido objeto de uso por nadie. En consecuencia, la Organización propone que ese espacio, basado en solicitudes de procedencia militar, debería ser recuperado y ofrecido para el uso efectivo de la aviación civil. Para lograr este objetivo, la OACI propone una serie de requisitos:

- a) El establecimiento de un cuerpo de coordinación civil y militar en el alto nivel de cada nación.
- b) El desarrollo de un proceso de planeamiento del espacio aéreo nacional que sea colaborador y consecuente.
- c) El desarrollo de este proceso de planeamiento, teniendo en consideración las necesidades de todos los usuarios del espacio aéreo y la seguridad nacional, la defensa y las obligaciones jurídicas.
- d) El establecimiento y publicación de los procedimientos para actividades que requieran espacio aéreo restringido. Esta restricción debería aplicarse para períodos limitados y basarse en un uso real.
- e) El desarrollo de unos acuerdos marco entre las autoridades civiles y militares para facilitar la coordinación.

nivel o fase táctica en el que se gestiona el uso del espacio aéreo en tiempo real y por tanto se produce el mismo día de las operaciones; su objetivo principal es el de mantener la compatibilidad entre las dos actividades y adoptar medidas adecuadas para garantizar una flexibilidad suficiente y satisfacer las necesidades civiles y militares. *Ibidem*.

⁹ Reglamento (CE) n.º 2150/2005, de la Comisión, de 23 de diciembre de 2005, por el que se establecen normas comunes para la utilización flexible del espacio aéreo.

¹⁰ Civil Military Cooperation in Air Traffic Management. International Civil Aviation Organization Order Number: Cir330 AN/189, publicada en 2011.

- f) El establecimiento de un sistema de revisión periódica de las necesidades, organización y gestión del espacio aéreo.
- g) El acceso previsible y en tiempo al espacio aéreo reservado o restringido siempre que sea posible para maximizar los beneficios y la flexibilidad para todos los usuarios.

No parece, pues, que en el ámbito europeo nos encontremos alejados de las recomendaciones de la OACI recogidas en la citada Circular. En realidad, la Unión Europea, con carácter previo a la publicación de dicha Circular, ya había asumido el concepto de uso flexible del espacio aéreo en el Reglamento, que posteriormente se expondrá, y que recoge las medidas citadas, prácticamente, en su totalidad.

Por otra parte, la OACI entiende que un uso eficiente del espacio aéreo, únicamente, es viable teniendo en cuenta los requerimientos de todos los usuarios desde un punto de vista equitativo. En este sentido, recoge los principios que han de regir dicho uso flexible y que se basan en la coordinación entre las autoridades civiles y militares en los niveles estratégico, pretáctico y táctico, al objeto de incrementar las capacidades y la seguridad del espacio aéreo, así como la eficiencia de las operaciones aeronáuticas. Asimismo, se considera que otro principio que debe regir este uso es el relativo al espacio aéreo restringido y, en este sentido, la OACI reitera la necesidad de que las restricciones del espacio aéreo se apliquen por tiempo limitado y en función de las necesidades reales. De este modo, este último requisito viene a configurarse como uno de los ejes sobre el que ha de girar la aplicación de este concepto y se revela, así, de vital importancia para la consecución de la completa implementación del mismo. Por último, se hace referencia a la necesidad de que el uso flexible sea aplicado con una visión transnacional. Es decir, se aboga por la tesis que propone la superación de las limitaciones que imponen las fronteras nacionales. También, en este caso, los Estados del ámbito comunitario han llevado a la práctica las medidas que se proponen.

4. LAS COMPETENCIAS INICIALMENTE ASUMIDAS POR LA CIDETRA Y LAS CAPACIDADES DE LA ACTUAL CIDEFO

Pues bien, la coordinación que, desde las distintas instancias apuntadas es exigida, se logra en el ámbito nacional, desde hace décadas, a través de la Comisión Interministerial correspondiente. Sin embargo, veremos que a lo largo del tiempo las competencias atribuidas a la misma han sufrido un profundo cambio, en cuanto a su número y naturaleza.

A través de la Orden de 8 de noviembre de 1979¹¹ fue creada, con carácter permanente, la Comisión Interministerial prevista en el artículo 6.º del Real Decreto-Ley 12/1978, de 27 de abril, sobre fijación y delimitación de facultades entre los Ministerios de Defensa y de Transportes y Comunicaciones, es decir,

¹¹ Orden de 8 de noviembre de 1979. *B.O.E.* n.º 269, de 9 de noviembre de 1979.

la CIDETRA. Se trataba de un órgano cuya competencia venía circunscrita al estudio e informe de las materias reguladas en el citado Real Decreto-Ley, es decir:

- La planificación de nuevos aeropuertos y aeródromos públicos civiles, así como las modificaciones que se precisen en los mismos o en sus instalaciones y la concesión de autorización de aeródromos privados.
- La planificación de la red de ayudas a la navegación, sistema de control y telecomunicaciones, así como sus modificaciones.
- El establecimiento y modificación de las servidumbres aeronáuticas de los aeropuertos y aeródromos públicos civiles y privados.
- La estructura del espacio aéreo.

Por último, la Orden atribuía a la Comisión cualquiera otra función de las que corresponden al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que, a juicio de uno y otro Departamento, pudiera afectar a la aviación militar o a los intereses de la Defensa Nacional. Asimismo, a la CIDETRA se le encomendó el estudio, informe y resolución, en su caso, de las materias que tenía encomendadas la Comisión Asesora de Navegación Aérea en relación con:

- a) Reglamentación de la circulación aérea.
- b) Regulación de las maniobras de aproximación y aterrizaje por instrumentos.
- c) Determinación de cartas especiales que deben editarse y datos referentes a la navegación que deben figurar en la cartografía aeronáutica.
- d) Requerimientos de la navegación aérea en relación con el Instituto Nacional de Meteorología.
- e) Organización y reglamentación de la búsqueda y salvamento.
- f) Información de cuantos asuntos relacionados con la navegación aérea hayan de tratarse en congresos y reuniones internacionales de aviación civil, así como de los acuerdos adoptados.
- g) En general, cualquier otra relacionada con los diferentes aspectos del control del tráfico y de la navegación aérea al objeto de su reglamentación, perfeccionamiento y desarrollo.

Sin duda, las funciones que comenzaron a atribuirse al Ministerio de Transportes y Comunicaciones exigían una cooperación que, en el ámbito interno, permitiera una gestión del uso del espacio aéreo lo más eficiente posible. La citada Comisión no vio alteradas sus competencias, pues, aun a pesar de que en el año 1985 se procedió a la modificación de la misma¹² esta vio alterada únicamente su estructura, pero no sus funciones.

De forma evidente, estas funciones poca similitud guardan con las atribuidas a la Comisión Interministerial que, en la actualidad, desempeña los cometidos de la antigua CIDETRA. La actual Comisión Interministerial se encuentra

¹² Orden de 11 de febrero de 1985, por la que se modifica la de 8 de noviembre de 1979 que crea, con carácter permanente, la Comisión Interministerial prevista en el artículo 6.º del Real Decreto-Ley 12/1978, de 27 de abril, sobre fijación y delimitación de facultades entre los Ministerios de Defensa y Transportes, Turismo y Comunicaciones en materia de aviación. *B.O.E.* n.º 40, de 15 de febrero de 1985.

recogida en el artículo 6 de la Ley de Seguridad Aérea (en adelante, LSA) que, al hablar de la CIDEFO, le asigna:

- a) El informe de los proyectos de disposiciones de carácter general sobre personal e infraestructuras, civiles o militares, que afecten a las competencias de ambos Departamentos y circulación aérea.
- b) El informe de la política y estrategia en materia de estructuración, uso y gestión del espacio aéreo, incluyendo la relativa a la coordinación y cooperación con los Estados limítrofes en materia de uso flexible del espacio aéreo, sin perjuicio de las competencias de otros Departamentos ministeriales.
- c) Las funciones, incluidas las ejecutivas y de resolución, de gestión estratégica del espacio aéreo que se le atribuyan reglamentariamente, de entre las previstas en el artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 2150/2005, de la Comisión, de 23 de diciembre de 2005, por el que se establecen normas comunes para la utilización flexible del espacio aéreo¹³.

¹³ Este es el Reglamento por el que se establecen normas comunes para la utilización flexible del espacio aéreo y, en su artículo 4, establece que la gestión estratégica del espacio aéreo se desempeñará por los Estados a través de las siguientes funciones: «a) garantizar la aplicación del concepto de utilización flexible del espacio aéreo en los niveles estratégico, pretáctico y táctico; b) revisar con regularidad las necesidades de los usuarios; c) validar las actividades que precisen de reserva o restricciones del espacio aéreo; d) definir estructuras temporales del espacio aéreo y procedimientos que ofrezcan opciones múltiples de reserva y rutas; e) establecer criterios y procedimientos que permitan la creación y el uso de límites laterales y verticales ajustables del espacio aéreo necesario para acoger diversas variaciones de trayectorias de vuelo y cambios a corto plazo en los vuelos; f) evaluar las estructuras del espacio aéreo nacional y la red de rutas con el fin de planificar estructuras y procedimientos flexibles del espacio aéreo; g) determinar las condiciones específicas en las que la responsabilidad de la separación de los vuelos civiles y militares recaerá en las dependencias civiles y militares de servicios de tránsito aéreo o en las dependencias militares de control; h) desarrollar un uso transfronterizo del espacio aéreo con los Estados miembros limítrofes cuando así lo dicten la afluencia del tránsito y las actividades de los usuarios; i) coordinar su política de gestión del espacio aéreo con la de los Estados miembros limítrofes para abordar de manera conjunta la utilización del espacio aéreo a través de las fronteras nacionales y los límites de las regiones de información de vuelos; j) establecer y ofrecer a los usuarios estructuras de espacio aéreo en estrecha cooperación y coordinación con los Estados miembros limítrofes cuando las estructuras de espacio aéreo correspondientes tengan importantes repercusiones en el tránsito transfronterizo o en los límites de las regiones de información de vuelos con vistas a asegurar una utilización óptima del espacio aéreo a todos los usuarios de la Comunidad; k) establecer con los Estados miembros limítrofes un conjunto de normas comunes para la separación entre los vuelos civiles y militares en las actividades transfronterizas; l) establecer mecanismos de consulta entre las personas u organismos contemplados en el apartado 3 y todas las partes y organizaciones interesadas para satisfacer debidamente las necesidades de los usuarios; m) evaluar y revisar los procedimientos y el funcionamiento de las operaciones dentro de la utilización flexible del espacio aéreo; n) establecer mecanismos para almacenar los datos de las solicitudes, asignación y utilización real del espacio aéreo para su posterior análisis y para la planificación de actividades. Las condiciones contempladas en la letra g) se documentarán y serán tenidas en cuenta en la evaluación de la seguridad contemplada en el artículo 7. 2. En aquellos Estados miembros en los que tanto las autoridades civiles como las militares compartan la responsabilidad o participen en la gestión del espacio aéreo, las funciones establecidas en el apartado 1 se realizarán a través de un proceso conjunto civil-militar. 3. Los Estados miembros identificarán a las personas y organismos responsables de asumir las funciones enumeradas en el apartado 1 y los comunicarán a la Comisión. La Comisión mantendrá la lista de dichas personas y organismos y la publicará a fin de facilitar la cooperación entre los Estados miembros».

La ampliación del número de competencias, pues, resulta más que evidente, así como la del espectro conceptual en que en la actualidad se desempeña la citada cooperación. De este modo, la genérica competencia atribuida a la CIDE-TRA, en relación con la estructura del espacio aéreo, se ve en la actualidad ampliada por la prevista expresamente en la LSA de «estructuración, uso y gestión del espacio aéreo» y, de forma más amplia, en el Reglamento 2150/2005, de la Unión Europea. Por lo tanto, en el referido artículo 6 y en el texto comunitario se recogen todas aquellas funciones que son encomendadas a los Estados para la consecución exitosa del uso flexible del espacio aéreo. De hecho, el Reglamento comunitario ya exponía las necesidades que, posteriormente, fueron puestas de manifiesto por la OACI, de modo que en el ámbito europeo dichas recomendaciones han de entenderse suficientemente cumplidas.

Estos esfuerzos por alcanzar la coordinación en el ámbito europeo resultan loables, toda vez que las iniciativas relativas al uso flexible del espacio aéreo o a la implantación del Cielo Único Europeo exigen la armonización de muy distintas realidades, que obedecen a tradiciones de índole cultural, jurídica o idiomática, ciertamente dispares. En este sentido, los avances en dichas iniciativas europeas han de tenerse por exitosos, pues no hay que olvidar que, pese a que otros espacios aéreos de mayor extensión han alcanzado una mayor flexibilidad en su uso, éstos últimos no presentan la idiosincrasia que es predicable del continente europeo.

Por este motivo la consecución de la armonización completa, hasta la consideración del cielo europeo como un auténtico *continuum*, parece un objetivo realmente difícil de alcanzar. En determinados casos, las diferencias entre Estados responderán a unas necesidades insoslayables. No puede olvidarse que la cooperación política en el seno de la Unión Europea no permite abordar determinadas materias que siempre serán objeto del poder estatal. Es decir, que simplemente con un cambio en determinadas cuestiones de índole técnico no podrá alcanzarse, sin más, una armonización completa. En efecto, la superposición de espacios aéreos nacionales puede convertir el uso de los mismos en algo poco racional, pero esto no puede llevar a la inmediata conclusión de que las fronteras pueden y deben abolirse. La situación de cada uno de los Estados, su posición dentro de la Unión Europea, incluso su ubicación geográfica en Europa, o sus problemas de seguridad nacional interna, no siempre van a ser materias en las que los intereses sean compartidos por el resto de los Estados europeos. Han sido numerosas las ocasiones en las que la lucha contra determinada delincuencia no ha sido compartida con la misma intensidad por todos los Gobiernos de la Unión, incluso en casos en los que los Estados divergentes eran fronterizos. En determinados asuntos, podríamos encontrarnos, incluso, con un conflicto de intereses entre Estados pertenecientes a la Unión Europea.

Por todo lo anterior, no parece recomendable abandonar completamente la visión soberanista del uso del espacio aéreo, siempre teniendo en cuenta la obligatoriedad de las normas que se han señalado y la oportunidad en alcanzar la correcta coordinación en el ámbito interno, que permita presentar una gestión eficaz a los usuarios del espacio aéreo.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa internacional

Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944.

Civil Military Cooperation in Air Traffic Management. International Civil Aviation Organization Order Number: Cir330 AN/189. Publicada en 2011.

Normativa nacional

Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea. *B.O.E.* n.º 176, de 23 de julio de 1960.

Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. *B.O.E.* n.º 162, de 8 de julio de 2003.

Orden de 18 de enero de 1993, sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo. *B.O.E.* n.º 20, de 23 de enero de 1993.

Orden de 18 de enero de 1993, sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo. *B.O.E.* n.º 20, de 23 de enero de 1993.

Orden de 6 de junio de 1997, por la que se modifica la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, de 18 de enero de 1993, sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo. *B.O.E.* n.º 142, de 14 de junio de 1997.

Orden de 8 de noviembre de 1979. *B.O.E.* n.º 269, de 9 de noviembre de 1979.

Orden de 11 de febrero de 1985, por la que se modifica la de 8 de noviembre de 1979 que crea, con carácter permanente, la Comisión Interministerial prevista en el artículo 6.º del Real Decreto-Ley 12/1978, de 27 de abril, sobre fijación y delimitación de facultades entre los Ministerios de Defensa y Transportes, Turismo y Comunicaciones en materia de aviación. *B.O.E.* n.º 40, de 15 de febrero de 1985.

Normativa Comunitaria

Reglamento (CE) n.º 549/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004, por el que se fija el marco para la creación del cielo único europeo.

Reglamento (CE) n.º 550/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004, relativo a la prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo (Reglamento de Prestación de Servicios).

Reglamento (CE) n.º 551/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004, relativo a la organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo (Reglamento del Espacio Aéreo).

Reglamento (CE) n.º 552/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004, relativo a la interoperabilidad de la red europea de gestión del tránsito aéreo (Reglamento de Interoperabilidad).

Reglamento (CE) n.º 2150/2005, de la Comisión, de 23 de diciembre de 2005, por el que se establecen normas comunes para la utilización flexible del espacio aéreo.

Sitios web

RIVERO HIDALGO, C. (2014). *La gestión del espacio aéreo*. Comunicación presentada al I Congreso Internacional de Estudios Militares. www.estudiosmilitares.es/comunicaciones.

OSPINA MOSQUERA, N. C. (2005). *La política comunitaria del cielo único europeo. Reflexiones sobre su impacto en el principio de soberanía. Repercusiones en la política de liberalización del transporte Aéreo. Principios y mecanismos de estructuración*. Disponible en el sitio web: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/84240>.

MUÑOZ CASTRESANA, J. J. (1996). *El control del espacio aéreo en situaciones de paz, crisis y guerra*. Disponible en el sitio web: <https://dialnet.unirioja.es/http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mfom/Paginas/2016/181116espacioaereoapan.aspx>.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SUPUESTOS DE INDEMNIZACIÓN POR EL ESTABLECIMIENTO DE ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL Y ZONAS DE SEGURIDAD

*María Santolaya Estefanía
Capitán auditora*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho de propiedad y la justificación de limitaciones en su ejercicio. 3. Las limitaciones al derecho de propiedad en interés de la defensa nacional. 4. Supuestos de indemnización por las limitaciones al derecho de propiedad en interés de la defensa nacional o de seguridad. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como se define en el artículo 348 del Código la propiedad es el derecho de gozar de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El derecho de propiedad sobre un determinado bien confiere a su titular la facultad de libre disposición sobre la misma, entendida esta como la facultad de enajenar, gravar o destruir la misma, el derecho de libre aprovechamiento, entendido como la facultad de usar, disfrutar y abusar del objeto sobre el que recae el derecho de propiedad, y el derecho de accesión entendido como la facultad de percibir los frutos que esta produzca o del aumento que la misma experimente.

Sin embargo el derecho de propiedad no es absoluto e ilimitado en su contenido ni en su disfrute y así alguna de estas facultades aludidas anteriormente pueden verse limitadas o su propietario puede verse privado en su ejercicio, en virtud de la llamada función social de la propiedad.

El derecho de propiedad se haya doblemente limitado por la función social proclamada en el artículo 33.2 de la Constitución y en su ejercicio por la prohibición del uso antisocial del mismo, tal y como establece el artículo 7.2 del Código

Civil. En nuestra sociedad existen fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, y que, por tanto, pueden justificar el establecimiento de límites o restricciones del contenido del derecho de propiedad, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente protegidos. Así lo dispone la Constitución cuando en el artículo 53 de la misma se establece que «solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I», entre los cuales se encuentra el derecho de propiedad.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, una de las limitaciones a las facultades del derecho de propiedad se encuentra en la Ley 8/1975, de 12 marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, en donde para garantizar una de las competencias atribuidas a la Administración General del Estado y una de las funciones del poder ejecutivo, la defensa del Estado, se establecen determinadas limitaciones a las extensiones de terreno sobre las que se constituyen las denominadas en la ley «Zona próxima de seguridad» y «Zona lejana de seguridad» de las bases, acuartelamientos o establecimientos militares, así como determinadas limitaciones al acceso al derecho de propiedad por parte de extranjeros.

En estos casos en los que las facultades de los propietarios de terrenos se ven limitadas por el establecimiento de zonas de interés para la defensa nacional y zonas de seguridad cuya finalidad no es otra que la de asegurar la actuación eficaz de las medidas de que disponen las instalaciones militares o civiles de interés militar, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad, la ley prevé la indemnización a los legítimos propietarios que se ven privados o limitados en el ejercicio de su derecho de propiedad.

Ahora bien esta previsión de indemnización no supone que por el mero establecimiento en virtud de una orden ministerial de las zonas de seguridad surja automáticamente el derecho a ser indemnizados por parte de la Administración. Este aspecto es el objeto del presente trabajo, en el que se expondrá la justificación y legitimación de las limitaciones al derecho de propiedad por la aplicación de lo dispuesto en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, y su Reglamento de desarrollo, cuáles son las limitaciones al derecho de propiedad que surgen por el establecimiento de zonas de seguridad y específicamente analizar los supuestos y requisitos en los que los particulares sí que tendrán derecho a ser indemnizados y en qué casos no procede el derecho a ser indemnizados pese al establecimiento de una zona de seguridad sobre terrenos particulares.

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA JUSTIFICACIÓN DE LIMITACIONES EN SU EJERCICIO

El derecho de propiedad es un derecho absoluto en cuanto que se concibe sin relación a ningún otro y se contrapone de este modo a los derechos reales limi-

tados que para existir necesitan siempre de la propiedad, pero pleno no significa ilimitado en su ejercicio.

Tradicionalmente el derecho de propiedad se concebía como un derecho de la personalidad frente a la concepción feudal, sin embargo dicho concepto ha evolucionado y actualmente en las Constituciones modernas de Occidente por un lado se afirma el derecho de los particulares frente al planteamiento socialista y de otro lado se acentúa el aspecto social del dominio¹.

El artículo 33 de la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, pero a continuación establece que la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. El apartado 3 establece que 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.

La propiedad privada, por tanto, está reconocida por la Constitución como una de las facultades individuales sobre las cosas, pero al mismo tiempo como un conjunto de deberes cuyo contenido debe definirse y delimitarse de acuerdo con las leyes, y en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no exclusivamente desde el punto de vista subjetivo, sino que debe incluir asimismo la necesaria referencia a la función social. Utilidad individual y función social definen, por tanto, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes².

De la regulación del derecho de propiedad en nuestra Constitución y en el artículo 348 del Código Civil se puede concluir que el derecho de propiedad se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo establecido fundamentalmente para proteger el interés particular del propietario, pero que satisface a la vez intereses públicos y está subordinado a la realización del bien común. La propiedad, por tanto, es el dominio pleno aunque se limite externamente por las leyes, que habrán de respetar siempre su contenido esencial, tal y como establece el artículo 53 de la Constitución española.

El propio Tribunal Constitucional afirma que «la incorporación de una vertiente institucional al derecho de propiedad privada hace que la función social que este derecho debe satisfacer no es ni puede ser igual en relación con todo tipo de bienes. Carece por lo mismo de sentido la exigencia de una regulación, necesariamente abstracta, de la función social —las funciones social, mejor— del dominio, realizada con carácter general y uniforme, pues sin duda resultaría altamente artificiosa. Por el contrario, esa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses —o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre

¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral. T. II. Derecho de cosas V. I Los Derechos reales en general*. Reus, S. A. Madrid (1992), p. 146.

² Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, fundamento jurídico segundo.

el contenido de la propiedad— establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad»³.

Es innegable, por tanto, que la propiedad admite límites, si bien aunque todas las limitaciones legales obedecen en último término al interés social, es necesario distinguir entre las que directamente se establecen en interés público y entran en la esfera del Derecho administrativo, y aquellas otras que se imponen en interés de los particulares y pertenecen propiamente al Derecho civil. Dentro de las primeras se encuentran las limitaciones administrativas o las llamadas servidumbres legales de interés público que se establecen por razón de la protección del interés de la seguridad, el de la defensa nacional o el de la economía social. En todas ellas la utilidad pública aparece como el factor justificativo en la regulación y el establecimiento de las mismas. Entre las limitaciones establecidas por causa del interés público se pueden citar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes⁴:

- 1.º Las establecidas en interés de la defensa nacional, como la prohibición de edificar o hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas, salvo que se ajusten a las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas o reglamentos particulares sobre la materia artículo 589 del Código Civil, y las impuestas por la legislación sobre zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que establecen tres tipos de limitaciones a la propiedad, compatibles entre sí: 1) de interés para la defensa nacional, 2) de seguridad de las instalaciones militares y 3) de acceso restringido por parte de extranjeros⁵.
- 2.º Las derivadas de la legislación sobre el patrimonio histórico artístico.
- 3.º Las relativas al demanio marítimo.
- 4.º Las relativas a las vías pecuarias, establecidas por su legislación especial y en el artículo 570 del Código Civil.
- 5.º Las impuestas por normas de policía, sean de origen municipal o estatal, como las de policía urbana, las relativas a la carreteras, autovías y autopistas, o a la industria.
- 6.º Las establecidas sobre las riberas de los ríos cuando tales terrenos sean de dominio privado por el Código Civil y por la Ley de Aguas.
- 7.º Las establecidas en interés de la economía nacional en materia de montes, aguas, minas...
- 8.º Las derivadas del planeamiento urbanístico.
- 9.º Las derivadas de la seguridad aérea, servidumbres aeronáuticas.

3. LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD EN INTERÉS DE LA DEFENSA NACIONAL

De la enumeración expuesta anteriormente aparece la servidumbre de la zona militar como una de las limitaciones establecidas por ley a las facultades del ejercicio

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, fundamento jurídico noveno.

⁴ LACRUZ BERDEJO, J. *Elementos de derecho civil, III*. Dykinson, Madrid (2003), pp. 258 y 259.

⁵ Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero.

del derecho de propiedad, que tiene por objeto la seguridad personal, tanto de personas como de bienes próximos a la zona militar, como de quienes se encuentran en ella.

Inicialmente esta servidumbre se regulaba de acuerdo con lo establecido en la Orden de 22 de diciembre de 1880, el Real Decreto de 17 de marzo de 1891, la Real Orden de 23 de mayo de 1900, el Real Decreto de 26 de febrero de 1913, el Real Decreto de 14 de diciembre de 1916 y el Decreto de 13 de febrero de 1936⁶.

Actualmente estas limitaciones del derecho de propiedad se regulan en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, cuyo capítulo II regula las zonas de seguridad anejas a las instalaciones de interés para la defensa nacional, desarrolladas reglamentariamente en el Decreto 689/1978, de 10 de febrero, modificado en su disposición final primera por el Decreto 2636/1982, de 12 de agosto. La Ley 8/1975, de 12 de marzo, con el fin de salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional, impone límites a los derechos sobre los bienes situados en algunas de las zonas que se enuncian en la misma.

El artículo 2 de la mencionada Ley las define como «las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin».

La declaración de esta clase de zonas de interés para la defensa nacional se efectuará mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta del Departamento Ministerial, debiéndose determinar en dicho Real Decreto la zona afectada, y fijará las prohibiciones, limitaciones y condiciones que en ella se establezcan referentes a la utilización de la propiedad inmueble y del espacio marítimo y aéreo que comprenda, respetando los intereses públicos y privados siempre que sean compatibles con los de la Defensa Nacional.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley establece que se denominan zonas de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar, «las situadas alrededor de las mismas que quedan sometidas a las limitaciones que por esta ley se establecen, en orden a asegurar la actuación eficaz de los medios de que dispongan aquellas instalaciones, así como al aislamiento conveniente para garantizar la seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas cuando dichas instalaciones entrañen peligrosidad para ellas».

El artículo 7 de la Ley establece en su segundo párrafo que a todas las instalaciones militares, y a las civiles declaradas de interés militar, se les atribuirá, por el Ministerio del que dependan, una clase o categoría de conformidad con las normas y clasificaciones que reglamentariamente se determinen⁷.

En esta clase de zonas se podrá establecer la distinción entre «zona próxima» y «zona lejana», en atención a los fines, a las limitaciones y a las características de las propias instalaciones.

⁶ ARROYO GARCÍA, J. *Las limitaciones y servidumbres públicas en el Derecho administrativo español*. Aranzadi, Madrid (1982), pp. 307 y ss.

⁷ El Reglamento de 10 de febrero de 1978 clasifica las instalaciones militares en cinco grupos de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 8.

Lo primero que llama la atención ante esta caracterización legal del concepto es que mientras que en el caso de las zonas de interés estamos ante extensiones más o menos amplias de espacio (terrestre, marítimo o aéreo) que podrán declararse o no como tales zonas mediante Real Decreto, en el segundo caso se refiere a zonas que rodean las instalaciones militares o civiles declaradas de interés militar y que necesariamente han de ser declaradas como tales por Orden Ministerial. Otra diferencia es que así como las limitaciones a las facultades dominicales de terceros afectados son deferidas por la ley a lo que establezca cada Real Decreto por el que se declare una zona de interés, en este segundo caso tales limitaciones están previamente determinadas por la propia Ley 8/1975 y su reglamento⁸.

En orden a la naturaleza jurídica de esta institución, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de 2001 establece «las zonas de seguridad situadas en las inmediaciones de las instalaciones militares y de las civiles declaradas de interés militar, en los términos que se desprenden de la Ley 8/1975, constituyen una limitación legítima a las facultades dominicales de los propietarios afectados, cuya justificación se encuentra en la necesidad de garantizar la seguridad y eficacia de las instalaciones y organizaciones militares. Se trata, por tanto, como en toda potestad administrativa atribuida por la Ley de conocer cuáles son los intereses públicos que subyacen en tales prerrogativas con objeto de hacerlas, en cada caso concreto, conciliables o no con los intereses de los afectados. Del análisis de la Ley 8/1975 y de su Reglamento de aplicación se deduce que los fines perseguidos por estas zonas de seguridad se pueden resumir en garantizar tres objetivos: la actuación eficaz de los medios —en este caso parece referirse a las Unidades Militares—, el aislamiento conveniente para su seguridad y la eventual peligrosidad de los edificios próximos»⁹.

Del mismo modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1997 dispone que «legitiman la limitación legal del derecho de propiedad, en orden a asegurar la actuación eficaz de las medidas de que dispongan las instalaciones militares o civiles de interés militar, así como su aislamiento conveniente para garantizar su seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas cuando aquellas entrañen peligro para ello», debiendo recordarse que «no cabe entender que la exigencia de la autorización para realizar obras, trabajos e instalaciones, o actividades en una zona próxima de seguridad como se dispone en el artículo 9 de la Ley de 12 de marzo de 1975 y su reglamento infrinja el artículo 33 de la Constitución, así, “las genéricas limitaciones o servidumbres que la ley y el reglamento establecen no constituyen, por razón de la afectación, una privación singularizada del derecho de propiedad sino una restricción del ejercicio de los derechos y facultades dominicales»¹⁰.

⁸ FERNÁNDEZ-PIÑEIRO Y HERNÁNDEZ, E. *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares*. Marcial Pons, Madrid (1995), p. 216.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de febrero de 2001, fundamento jurídico sexto.

¹⁰ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de enero de 1997, fundamento jurídico segundo.

La zona próxima de seguridad tendrá, como norma general, una anchura de trescientos metros, no obstante, cuando por la índole de la instalación de que se trate la anchura antes señalada se considere insuficiente a los fines de seguridad que persigue o, por el contrario, resulte excesiva, especialmente en los casos en que las instalaciones están ubicadas en el interés de poblaciones o zonas urbanizadas, podrá ser ampliada o reducida hasta un límite estrictamente indispensable, todo ello sin perjuicio de que el Reglamento de esta Ley señale, con carácter general para determinadas clases o grupos de instalaciones, anchuras mínimas inferiores o superiores a las citadas en el párrafo primero del artículo 8 de la Ley¹¹. La delimitación de esta zona de seguridad deberá hacerse en cada instalación por el Ministerio de Defensa, siempre previo informe del Estado Mayor del Ejército respectivo.

La zona próxima tendrá la finalidad de garantizar en todas las direcciones el aislamiento y defensa inmediata de las instalaciones de que se trate y asegurar el empleo eficaz de sus medios sobre los sectores de actuación que tuviere encomendados.

La norma general, en estas zonas, tal y como dispone el artículo 9 de la Ley es la prohibición a realizar actividad alguna, así como obras o trabajos, que solo podrán realizarse en el supuesto de haberse obtenido autorización del Ministerio correspondiente, el cual puede permitir el aprovechamiento agrícola o forestal, exacciones, movimientos de tierras, construcción de cercas o setos, casetas o barracones de carácter temporal e instalaciones de líneas telegráficas, telefónicas y de transporte de energía eléctrica, siempre que de forma inequívoca no entorpezcan ni perjudiquen a las finalidades militares de la propia zona. Solamente existe una excepción en la que no se requiere autorización para realizar obras, siempre que sean de mera conservación de las instalaciones o edificios ya existentes, y sin perjuicio de las facultades de vigilancia e inspección militar establecidas en el Reglamento tal y como dispone el artículo 68 del mismo, con el problema que puede suponer la interpretación de qué se entiende por obras de mera conservación y cuáles no revisten tal carácter.

Por su parte, la zona lejana de seguridad se define como aquella que tiene por finalidad asegurar el empleo óptimo de las armas o elementos que constituyen la instalación, teniendo en cuenta las características del terreno y la de los medios en ellas integrados. No se determina, con carácter previo, cuál será su amplitud, sino que en cada caso se hará por el Ministerio afectado en la forma que se ha indicado anteriormente para establecer y delimitar la zona de seguridad. En esta zona la autorización solo será necesaria para realizar plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones análogas, pudiéndose solo denegar dicha autorización que podrá ser otorgada por el Ministerio de Defensa cuando dichas instalaciones, edificaciones o plantaciones impliquen perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate, o queden expuestas a sufrir por dicho empleo daños susceptibles de indemnización.

¹¹ El artículo 10 del mencionado Reglamento establece que en las baterías de costa la anchura será cuatrocientos metros.

Por último, la Ley define en su artículo 28 las instalaciones civiles de interés militar como aquellas instalaciones civiles eventualmente declaradas de interés militar por contribuir de forma más o menos directa a las necesidades de la defensa nacional. Del apartado 1 del citado precepto parece deducirse que la declaración de interés militar deberá realizarse por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Defensa o del Ministerio civil del que dependa cuando se trate de una instalación civil afectada u obras o servicio públicos, sin embargo, en el apartado 2 del citado artículo se habla con carácter general, y por tanto para toda clase de instalaciones civiles, del «Decreto de declaración» que determinará el Ejército al que las instalaciones se adscriben, así como el grupo de los previstos en el artículo 8 en que han de quedar incluidas para ser dotadas por analogía de la correspondiente zona de seguridad, por lo que, a diferencia de las instalaciones exclusivamente militares, cabe concluir que no basta la declaración mediante Orden Ministerial sino que se requiere un Real Decreto sin perjuicio, de que posteriormente, la delimitación concreta de las zonas de seguridad pueda hacerse para caso por Orden Ministerial¹².

A la luz de estas normas legales ha de concluirse que la determinación de la zona próxima de seguridad compete al Ministerio de Defensa, configurándose como una limitación impuesta por la Ley al derecho de dominio de los particulares.

Partiendo de las anteriores consideraciones, se puede afirmar que las limitaciones al pleno disfrute de los terrenos situados en las zonas de seguridad indudablemente pueden ocasionar daños y perjuicios en el normal uso y explotación de dichos terrenos; pero vienen impuestas por la conveniencia de salvaguardar los intereses de la defensa nacional y de la eficacia de sus instalaciones, derivada de la función social de la propiedad a la que se ha hecho referencia en el primer punto, y sin perjuicio de que el administrado afectado por las mismas pueda obtener la indemnización que corresponda con arreglo a la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, e incluso hacer uso de las facultades que le confiere el artículo 23 de la misma.

4. SUPUESTOS DE INDEMNIZACIÓN POR LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD EN INTERÉS DE LA DEFENSA NACIONAL O DE SEGURIDAD

El artículo 28.1 de la Ley 8/1975, desarrollado por los artículos 88 y 90 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, determina que los perjuicios que se originen a los particulares como consecuencia de las servidumbres o limitaciones derivadas de la presente Ley serán indemnizables conforme a lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa, permitiéndose al particular afectado para hacer uso de cuanto dispone el artículo 23 de dicha Ley¹³.

¹² FERNÁNDEZ-PIÑEIRO Y HERNÁNDEZ, E., *ob. cit.*, p. 224.

¹³ El artículo 23 de la Ley de Expropiación Forzosa establece: «cuando la expropiación forzosa implique solo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica o urbana, de tal modo que

El artículo 89 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, dispone que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28, párrafo 1.º, de la Ley serán indemnizables a los particulares los perjuicios que se les originen en los siguientes casos:

- a) Cuando el Decreto por el que se declare una zona de interés para la Defensa Nacional y fije las servidumbres y demás limitaciones y prohibiciones que en ella se establezcan haga estas incompatibles con la normal utilización de la propiedad inmueble en el momento de la promulgación, según lo previsto en el artículo 5 de este Reglamento.
- b) Cuando los perjuicios aludidos sean motivados por las limitaciones de la propiedad privada inherentes, conforme al capítulo II del título II de este Reglamento, a la fijación de las zonas de seguridad de nuevas instalaciones militares, a la alteración de las zonas de las ya existentes o a la declaración de interés militar de determinadas instalaciones civiles o sus modificaciones.
- c) Cuando en algunas de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros se den los supuestos previstos en los artículos 44.1, 45 y 46.2 de este Reglamento y se acuerde proceder en la forma prevista en el artículo 44.2 del mismo.

La regulación del régimen indemnizatorio previsto por la Ley 8/1975 y su Reglamento de desarrollo han sido objeto de análisis e interpretación tanto por la jurisprudencia como por el Consejo de Estado.

Tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 15 de julio de 2004), tanto el artículo 28 de la Ley 8/1975, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, como el artículo 89 del Real Decreto 689/1978, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo, «facultan a los propietarios para hacer uso de lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Expropiación Forzosa, producida la concreción específica limitativa por vía reglamentaria o el acto denegatorio de la Administración, impidiendo al titular del predio afecto por las limitaciones impuestas llevar a cabo unas determinadas actuaciones, este puede o bien exigir una indemnización que le compense del perjuicio irrogado, o bien solicitar la expropiación del terreno si considera que la norma limitativa reglamentaria, o la negativa de la Administración, implica, por la naturaleza de las actuaciones pretendidas, resultar antieconómica la utilización o aprovechamiento del terreno solicitando la expropiación total de la finca como medio de compensar a la propiedad por la inaprovechabilidad de los terrenos».

Por tanto, producida la concreción limitativa, el propietario puede o bien exigir una indemnización que le compense del perjuicio irrogado, o bien solicitar la expropiación del terreno si considera que la norma limitativa reglamentaria, implica por la naturaleza de las actuaciones pretendidas, resultar antieconómica la utilización o aprovechamiento del terreno, solicitando la expropiación total de

a consecuencia de aquella resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, podrá este solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca».

la finca como medio de compensar a la propinada por la inprovechabilidad de los terrenos.

De la lectura de los artículos expuestos anteriormente y la sentencia señalada podría deducirse que la declaración de una zona de seguridad produce por sí misma, y con carácter inmediato, un perjuicio económico que determina la procedencia de una indemnización, pero ello daría lugar a una previsión indefinida y generalizada de supuestos de indemnización cada vez que se determine mediante Real Decreto u Orden Ministerial una zona de interés para la defensa nacional o zona de seguridad, que como ya se ha dicho anteriormente tiene por objeto garantizar y cumplir unas funciones comunes de seguridad nacional que resultan superiores al interés particular de los propietarios afectados y, por lo tanto, en la práctica el establecimiento de una zona de seguridad sobre una instalación militar adoptada por la autoridad competente y dentro de los límites regulados en el artículo 8 de la Ley no constituye por sí misma una actuación que genere un derecho a favor del particular afectado para percibir una indemnización por dicha actuación administrativa.

El Consejo de Estado señala que «Cuando dicha declaración impone, sin más, la destrucción o demolición de construcciones, plantaciones o instalaciones ya existentes, el cese, reducción o alteración de actividades o procesos productivos ya en curso, la prohibición de ampliación, mejora, reforma o acondicionamiento de edificaciones o instalaciones, o la frustración de negocios jurídicos en curso, ya referidos a los propios bienes inmuebles afectados (terrenos y construcciones), así como en los casos en que dicha declaración fuera determinante de una modificación de la clasificación o de la calificación urbanística que pudieran tener los terrenos para adaptarla, precisamente, a lo resultante de tal zona de seguridad»¹⁴, sí procederá la indemnización conforme a lo dispuesto anteriormente.

No obstante, el propio Consejo de Estado también ha dictaminado que «cuando la resolución administrativa que establece la declaración de seguridad no impone de manera directa e inmediata tales limitaciones, restricciones o prohibiciones, sino que, en su caso, dicho contenido restrictivo podrá seguirse de una actuación posterior, será el acto o conducta administrativa que así concrete y manifieste la voluntad de la Administración lo que determine la lesión; será entonces cuando pueda entenderse producida la lesión patrimonial con el carácter de efectiva que exige la ley. Así ocurrirá, no solo cuando la Administración ordene al interesado la realización de una determinada actuación a la que no habría lugar si no fuese por la previa declaración de una “zona de seguridad”, sino también cuando prohíba, limite o condicione la realización de actividades por el particular interesado en razón de la existencia de la zona de seguridad. En todos estos supuestos el acto o conducta administrativa causante de la situación económicamente desventajosa para el particular interesado determinaría la existencia de una lesión efectiva en el patrimonio del mismo y, por tanto, la procedencia de su indemnización¹⁵».

¹⁴ Dictámenes del Consejo de Estado n.º 51.374, de 14 de julio de 1988; n.º 52.426, de 9 de marzo de 1989.

¹⁵ Dictamen del Consejo de Estado n.º 75/2007, de 7 de mayo; n.º 1.118/2012, de 7 de noviembre de 2012.

Por tanto, y en atención a lo expuesto anteriormente, se observa un tratamiento jurídico diferente del régimen indemnizatorio en los casos de limitaciones al derecho de propiedad con motivo del establecimiento de zonas de interés para la defensa nacional o zonas de seguridad.

Sin embargo, la responsabilidad patrimonial es una institución que no siempre aparece con perfiles claros, sino que en muy diversas ocasiones se aproxima a ciertas instituciones de las que no en todos los casos resulta fácil deslindarla de otras figuras jurídicas.

De acuerdo con lo anterior, y comenzando por la regulación común en su momento con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, y por responder a la integridad patrimonial de la Administración, se han planteado diversas dudas entre ambas figuras, si bien su fundamento es bien distinto, el de una y otra. Respecto a las diferencias entre la expropiación y la responsabilidad patrimonial¹⁶ es preciso recordar que mientras la expropiación tiene por finalidad privar de los derechos o intereses patrimoniales afectados, la responsabilidad cubre daños accesorios, incidentales de la actuación pública, no provocados voluntariamente para la satisfacción del interés general, de ahí que se sostenga que esta figura no cabe cuando se está ante una limitación de derechos correcta y legítima.

La expropiación tiene dos notas que la diferencian de la responsabilidad: el daño se causa deliberadamente y para conseguir una utilidad pública o interés social, de tal modo que es un medio necesario para conseguir un fin público, mientras que, por el contrario, la responsabilidad es una garantía de los ciudadanos y no una potestad de la Administración. En este último caso los daños no son causados deliberadamente, no son un medio necesario para el fin público, es una consecuencia indeseada de la Administración General del Estado, aunque ambas figuras jurídicas tienen como nota común el ser instituciones que persiguen la integridad patrimonial del administrado.

Otra institución a tener en cuenta en la materia objeto de este análisis es la función social del derecho de propiedad como nota consustancial del mismo, tal y como se ha expuesto en el punto primero de este estudio, y que deriva del concepto que el propio Tribunal Constitucional ha dado de ella al configurarla como parte misma de este derecho, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución. En nuestro ordenamiento jurídico la función social de la propiedad se ha configurado como una intervención de la Administración no indemnizable.

En estos casos podría considerarse que al no darse uno de los requisitos establecidos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la producción de un daño o perjuicio que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar, no procede reconocer a los particulares afectados por el establecimiento de una zona de interés para la defensa nacional o una zona de seguridad sobre su propiedad, el derecho a percibir una indemnización como consecuencia de dicha actuación administrativa.

¹⁶ GARRIDO FALLA, F. *La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado*, RAP (1989), n.º 119, pp. 7 y ss.

Sin embargo, puede suceder que dicha intervención con base en la función social de la propiedad sea desproporcionada, en cuyo caso y dado que no existe el deber jurídico de soportar dicho daño, que sí habría de otro modo, cabe la indemnización del citado perjuicio con base en la responsabilidad patrimonial de la Administración, de tal modo que lo que justifica que no se indemnice en caso de estar ante la figura de la función social de la propiedad es precisamente el deber jurídico de soportar que recae sobre el propietario que, como ya se ha expuesto, la ausencia del mismo es el presupuesto más básico y elemental de esta institución.

Se trata, por tanto, de tres figuras jurídicas: expropiación forzosa, función social de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración pública, que, aunque en teoría son claramente identificables, en la práctica no siempre resulta una tarea fácil y, por lo tanto, no resulta clara cuál es la naturaleza jurídica de la indemnización que prevé la Ley 8/1975 por el establecimiento de zonas de interés para la Defensa Nacional o las limitaciones en el ejercicio del derecho de propiedad por el establecimiento de zonas de seguridad de instalaciones militares; sí se trata de una expropiación y por tanto indemnizable conforme a los criterios regulados en el Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, si se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, en cuyo caso resulta necesario acreditar la concurrencia en dicha limitación de todos los requisitos exigidos en el régimen indemnizatorio previsto en esta figura jurídica, y regulados actualmente en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en concreto; la concurrencia de un hecho, acción u omisión que resulte imputable a la Administración; la producción de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar, y la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre aquel hecho, acción u omisión y el mencionado daño o perjuicio, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal ni en particular la concurrencia de fuerza mayor, o, por el contrario, cabe considerar que se trata de una actuación de la Administración derivada de la función social del derecho de propiedad que el propietario tiene el deber jurídico de soportar, en cuyo caso no cabría indemnización como así ha ocurrido en algunos casos por el establecimiento de servidumbres aeronáuticas conforme a lo dispuesto en los artículos 26 y siguientes del Real Decreto 297/2013, de 26 de abril, por el que se modifica el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de servidumbres aeronáuticas, en donde los propietarios de los terrenos sobre las que se establecen han visto frustradas sus expectativas de gravar o enajenar sus terrenos para la instalación de aerogeneradores, al sobrepasar dichas instalaciones generadoras de energía eólica límites de altura permitidos en los Reales Decretos por los que se establecen dichas servidumbres aeronáuticas, sin que el establecimiento de las mismas haya producido un derecho de indemnización a favor de los propietarios afectados por las mismas.

Dicha distinción de régimen jurídico resulta importante puesto que, como ya se ha expuesto anteriormente, en los supuestos en los que con la sola declaración de la zona de seguridad se impone alguna de dichas prohibiciones, restricciones, limitaciones o reducción del valor del bien es indudable que habría lugar ya

a la satisfacción indemnizatoria, por el contrario, en los casos en los que la resolución que establece la declaración de seguridad no impone limitaciones, restricciones o prohibiciones sobre las propiedades afectadas, sino que dicho contenido restrictivo puede ser consecuencia de una actuación posterior, como consecuencia de una concreta prohibición que derivaría de la denegación de la correspondiente autorización administrativa para desarrollar, por ejemplo, actividades permitidas por el planeamiento en vigor, será entonces cuando pueda entenderse producida la lesión patrimonial con el carácter de daño efectividad que exige la ley.

No obstante, en estos casos de denegación por parte de la Administración de actuaciones sobre los terrenos afectados cabría desestimar el reconocimiento de una indemnización pese a suponer una limitación de las facultades del derecho de propiedad, tal y como he comentado anteriormente respecto al establecimiento de servidumbres aeronáuticas, por no concurrir el requisito relativo a que la lesión efectiva en los bienes y derechos de los particulares que genera la obligación a cargo de la Administración debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico que los afectados no tengan obligación de soportar por no existir causa alguna que lo justifique, al haberse establecido la zona de seguridad para asegurar la actuación eficaz y el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad, y de conformidad con lo establecido en la Ley de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

Sin embargo, en estos casos considero que denegar una indemnización a los particulares afectados por el establecimiento de una zona de seguridad sobre su propiedad, por considerar justificada la actuación de la Administración y entender que existe un deber jurídico de soportar tal actuación administrativa, supone una contradicción de la propia previsión indemnizatoria regulada en el artículo 28 de la Ley 8/1975, dejando en una mera declaración de voluntad la previsión indemnizatoria prevista por la propia Ley, y considero a su vez que el imponer al administrado el deber jurídico de soportar dicha actuación administrativa, de acuerdo a la finalidad de garantizar el aislamiento conveniente y garantizar la seguridad, constituye en sí misma el propio fundamento que legitima la actuación de la Administración para establecer zonas de interés para la Defensa Nacional y zonas de seguridad, pero que no deberían suponer, asimismo, la justificación para denegar al particular afectado el derecho a percibir una indemnización que sí se regula en la propia Ley.

Por ello, en mi opinión sería mucho más apropiado considerar que si bien nos encontramos en supuestos de delimitación de la propiedad por la función social de la misma, en algunos casos debería dar lugar a indemnización antes que acudir a la responsabilidad patrimonial de la Administración o del legislador, puesto que la institución de la responsabilidad patrimonial encuentra, como ya se ha indicado anteriormente, dos obstáculos: en primer lugar, el deber jurídico de soportar en caso de ser adecuada y correcta la delimitación y, en segundo lugar, que en caso de salvarse el obstáculo anterior, en el caso de limitaciones al derecho de propiedad por el establecimiento de zonas de interés para la defensa nacional y zonas de seguridad, se está ante una medida que tiene por objeto privar de determinadas facultades al propietario, es decir, ese es su fin, lo que parece res-

ponder más a la figura jurídica de la expropiación que a la de la responsabilidad patrimonial.

Un ejemplo práctico de lo expuesto anteriormente fue la reclamación presentada por el representante legal de la Comunidad de Montes de Lourizán con motivo la Orden DEF/2050/2009, de 15 de julio (*B.O.E.* de 29 de julio de 2009), por la que se establece la zona de seguridad de la instalación militar de la Base «General Morillo», en los términos municipales de Pontevedra, Vilaboa y Marín, en donde inicialmente presentaron un recurso contencioso-administrativo contra la Orden Ministerial por la que se establecía la zona próxima de seguridad de la instalación militar de la Base «General Morillo», que fue desestimado por Sentencia dictada por la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de junio de 2010, «puesto que la determinación de la zona próxima de seguridad se configura como una limitación impuesta por la Ley al derecho de dominio de los particulares y, en consecuencia, la Orden impugnada se adecua a los parámetros exigidos por la norma legal para su establecimiento, por cuanto constituye un acto administrativo emanado del órgano administrativo competente para su emisión, su ámbito se circunscribe a las limitaciones impuestas por la Ley, ya que se trata de una instalación militar y su finalidad es la proclamada en la ley, preservar de cualquier obra o actividad que pudiera afectarla, el aseguramiento eficaz de los medios de que dispone y el conveniente aislamiento para garantizar su seguridad y la extensión espacial de la limitación se ajusta a la anchura de trescientos metros previstos en la misma... la parte actora, caso de estimar que la constitución de esta limitación legal le ha originado algún perjuicio, deberá acudir a los cauces normativamente previstos para su resarcimiento¹⁷».

Con posterioridad presentaron una reclamación de responsabilidad patrimonial, expediente que fue resuelto por resolución ministerial en la que se desestimó la reclamación presentada, fundamentando que no se había acreditado que el establecimiento de la zona próxima de seguridad haya ocasionado destrucción de plantaciones o instalaciones ya existentes o una prohibición o restricción de las facultades inherentes al derecho de propiedad de uso, aprovechamiento y disfrute y derecho de disposición de los terrenos afectados por el establecimiento de la zona próxima de seguridad, ni se había acreditado la producción de un daño real y efectivo, sino de un perjuicio meramente hipotético y, por tanto, no indemnizable de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado como la jurisprudencia, que señalan reiteradamente que para que un daño sea indemnizable ha de ser real y efectivo, y no producto de meras especulaciones o simples expectativas, debiendo probar el reclamante estos requisitos, si bien en los informes previos a la resolución ministerial también se consideró que la lesión efectiva en los bienes y derechos de los particulares que genera la obligación a cargo de la Administración debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico, que los afectados no tenga obligación de soportar por no existir causa alguna que lo justifique, y en el presente caso concurre esta causa de justificación al haberse establecido la zona de seguridad de la instalación militar de la Base «General Morillo», al ser

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de junio de 2010, fundamento jurídico tercero.

necesario preservarla de cualquier obra o actividad que pudiera afectarla y para asegurar la actuación eficaz de los medios de que disponen, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo.

CONCLUSIONES

I. La regulación de las limitaciones a las facultades de ejercicio del derecho de propiedad debe realizarse por Ley de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución. Las limitaciones al derecho de propiedad en virtud del establecimiento de zonas de interés para la defensa nacional y de zonas de seguridad se encuentran reguladas en la Ley 8/1975, desarrollada por y en el Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, de desarrollo de la misma. Se trata de una normativa previa a la promulgación de la Constitución; asimismo, en la Ley se establece que la declaración de esta clase de zonas de interés para la defensa nacional se efectuará mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta del Departamento Ministerial interesado, debiéndose determinar en dicho Real Decreto la zona afectada, y fijará las prohibiciones, limitaciones y condiciones que en ella se establezcan, por su parte la determinación de las zonas de seguridad se aprueba por Orden Ministerial. Podría considerarse que esta regulación resulta contradictoria con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución, si bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha manifestado que el Real Decreto o la Orden Ministerial no suponen más que la concreción y materialización de la regulación de los límites al ejercicio del derecho, de propiedad de acuerdo con las funciones y finalidades que cumplen dichas zonas y que estas sí se regulan en la Ley 8/1975 y son precisamente las que justifican el establecimiento de las mismas.

II. El artículo 28.1 de la Ley 8/1975 determina que los perjuicios que se originen a los particulares como consecuencia de las servidumbres o limitaciones derivadas de la presente Ley serán indemnizables. Si bien el régimen jurídico de dicha indemnización varía en función de si dicha declaración impone directamente limitaciones o prohibiciones en el ejercicio del derecho de propiedad o, por el contrario, estas limitaciones o prohibiciones se derivan de actos posteriores de la Administración al establecimiento de las mismas, en cuyo caso deberá acudir a los cauces normativamente previstos para su resarcimiento, este es el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

III. En este último caso podrían ser desestimadas las reclamaciones de indemnización por considerar que no concurre uno de los requisitos exigidos por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la antijuridicidad del daño. En estos casos, en que a pesar de existir el deber jurídico de soportar y por tal razón no encaja en la responsabilidad patrimonial, se hace necesario explicar cómo la Administración puede excepcionar la regla general y prever una compensación.

IV. Así debe afirmarse que si parte de la concepción imperante en nuestro ordenamiento, respecto a la función social de la propiedad, se considera que no es indemnizable, como parece deducirse de la idea expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia 37/1987, debe llegarse a la conclusión de que el elemento clave para que despliegue sus efectos la responsabilidad patrimonial se refiere a si existe o no deber jurídico de soportar por parte del propietario, el cual en principio está presente y por tanto excluye la responsabilidad patrimonial cuando se está ante una delimitación adecuada y proporcionada, siendo una cuestión distinta que el resultado de la misma pueda considerarse merecedor de una indemnización, pero por otro concepto y en base a argumentos distintos, como pudieran ser el del principio de igualdad o el de proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1992), *Derecho Civil español, común y foral. T. II. Derecho de cosas. V. I Los Derechos reales en general*. Reus, S. A. Madrid.

LACRUZ BERDEJO, J. (2003), *Elementos de derecho civil, III*. Dykinson, Madrid.

ARROYO GARCÍA, J. (1982), *Las limitaciones y servidumbres públicas en el derecho administrativo español*. Aranzadi, Madrid.

FERNÁNDEZ-PIÑEIRO y HERNÁNDEZ, E. (1995), *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares*. Marcial Pons, Madrid.

Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.

Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de febrero de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de enero de 1997.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de junio de 2010.

Dictámenes del Consejo de Estado:

Dictamen del Consejo de Estado n.º 51.374, de 14 de julio de 1988.

Dictamen del Consejo de Estado n.º 52.426, de 9 de marzo de 1989.

Dictamen del Consejo de Estado n.º 75/2007, de 7 de mayo de 2007.

Dictamen del Consejo de Estado n.º 1.118/2012, de 7 de noviembre de 2012.

Publicaciones y revistas:

GARRIDO FALLA, F. (1989). *La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado*. RAP, n.º 119.

5. LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO EN EL ÁMBITO MILITAR

*Jorge Arangüena Sande
Capitán auditor*

SUMARIO: 1. Introducción: El bien jurídico protegido. 2. Análisis de los preceptos penales. 2.1. La solicitud de crédito para atenciones supuestas. 2.2. Sustracciones y daños de equipos, materiales y efectos. 2.3. El interés en operaciones que afectan a la Administración militar y actividades prohibidas a militares. 2.4. El incumplimiento de contratos en situación de conflicto armado o estado de sitio. 2.5. La receptación. 3. La aplicabilidad del título a los integrantes de la Guardia Civil. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El título V del libro II del nuevo Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, recoge los «Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar» en sus artículos 81 a 85, modificando de esta manera, de forma sustancial, la rúbrica del título que hasta ahora albergaba los delitos de esta naturaleza, y que en el anterior Código Penal Militar de 1985 era de los «Delitos contra la hacienda en el ámbito militar», rúbrica que, en su momento, fue objeto de no pocas críticas en atención a que no era omnicompreensiva del bien jurídico que en dicho título se intentaba tutelar¹.

No obstante, debe señalarse que la rúbrica del título del Código Penal Militar de 1985 tenía la enorme virtud de ser la primera que unificaba estas conductas en un mismo epígrafe; efectivamente, si atendemos al tratamiento de la cuestión en nuestros Códigos históricos², vemos cómo el Código Penal del Ejército de 1884 contenía tres títulos, uno relativo a los «Delitos contra la propiedad», otro sobre

¹ CALDERÓN CERESO, A.: «La Hacienda militar como objeto de protección penal», en *Jornadas sobre cuestiones procesales y sustantivas en el ámbito de la jurisdicción militar*, CEJ, Plan de Formación Continuada para la Carrera Fiscal, año 2002.

² BLECUA FRAGA, R.: *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial CIVITAS, Madrid, 1988.

los «Delitos de falsedad» y el tercero «Fraudes y otros abusos». Por su parte, el Código Penal para la Marina de Guerra de 1888 contenía un título VII sobre «Malversación de caudales, efectos de cargo, fraudes y otros engaños» y el VIII sobre «Delitos contra la propiedad». Posteriormente, los Códigos de Justicia Militar de 1890 y 1945 albergaron, respectivamente, bajo la misma rúbrica de «Delitos contra los intereses de los Ejércitos», el primero de ellos dos capítulos sobre «Fraudes» y «Falsificación o adulteración de víveres para el Ejército y la falta de suministros al mismo», y tres capítulos el segundo, sobre «Fraudes», «Ocupación y destrucción indebida de documentos militares» y «Allanamiento de dependencia militar».

A la vista de lo anterior, resulta evidente que la principal crítica que se puede hacer a tal regulación es la de la heterogeneidad de las conductas que dicha sistemática agrupaba, y que el Código Penal Militar de 1985 trató de corregir. Así, por un lado, reguló los últimos dos capítulos citados bajo la nueva rúbrica de «Atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional», mientras que los «Fraudes» se integraban en el título de los «Delitos contra la Hacienda Militar».

No obstante lo anterior, y como se indicaba al principio, tampoco esta nueva denominación del título ha estado exenta de críticas y observaciones; así, el concepto de «Hacienda Pública», tal y como se define en el artículo 5 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, comprende el «conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos». En este punto, debe resaltarse el hecho de que la materia tributaria no es objeto de regulación en el texto punitivo castrense, mientras que, precisamente, el título XIV del libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica la de «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social» tiene como finalidad tutelar el adecuado cumplimiento de las normas tributarias, entre otras. En este sentido, una primera consideración que debe tenerse en cuenta es que la Hacienda en el ámbito estatal es única, sin perjuicio de la afectación de parte de sus elementos integrantes a la consecución de determinados fines o a la prestación de diversos servicios públicos, lo que necesariamente conlleva la asunción de la responsabilidad en la gestión por parte del Organismo público al que los medios queden afectados. Por ello, el legislador ha sido consciente de la necesidad de modificar la rúbrica del título, teniendo en cuenta que el objeto material sobre el que recaen las conductas tipificadas en el mismo no se circunscriben al «conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico», sino que es evidentemente más amplio, debiendo englobarse en el mismo los bienes, medios, efectos, elementos, material y recursos puestos por el Estado a disposición de las Fuerzas Armadas, esto es, los medios y recursos que el Estado pone a disposición de las Fuerzas Armadas como aporte necesario para la realización de los fines previstos en el diseño de determinada política de la Defensa Nacional, siendo así que el bien jurídico protegido es la integridad de aquellos recursos necesarios, puestos al servicio de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus fines, asegurando de esta manera su nivel de eficacia³.

³ STS (Sala 5.ª) de 11 de abril de 2012, fundamento de derecho tercero.

Si acudimos para integrar el concepto de patrimonio en el ámbito militar a la definición que del patrimonio de las Administraciones Públicas se contiene en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, vemos cómo, sin embargo, quedan fuera de dicha definición «el dinero y los demás recursos financieros de su hacienda»⁴.

Sin embargo, no podemos acudir al concepto administrativo de patrimonio para realizar una adecuada interpretación de los tipos penales; efectivamente, el concepto de patrimonio, a los efectos de su tutela penal, es necesariamente más amplio. Según Quintero Olivares, habitualmente se habla de tres conceptos penales de patrimonio:

- 1) El concepto estrictamente jurídico, que considera que el término patrimonio integra cualquier derecho que tenga un objeto o significado económico.
- 2) El concepto puramente económico-material, que genera defectos opuestos, puesto que no da una explicación satisfactoria para los delitos patrimoniales consistentes en un ataque a derechos y no a bienes.
- 3) El concepto jurídico-penal dominante de patrimonio, que es un concepto mixto económico y jurídico. Según este concepto el patrimonio se define como el conjunto de bienes y de derechos de contenido económico vinculados a un sujeto, público o privado, por una relación jurídica⁵.

Así pues, dentro del concepto de patrimonio militar debe necesariamente incluirse todo capital, hacienda, patrimonio, fondo, cosa o bien de cualquier condición, fungible o no y susceptible de apreciación económica o valor, con tal de que pertenezcan dominicalmente al erario público. En el ámbito castrense lo determinante es su adscripción a los Ejércitos o Institutos Armados de naturaleza militar, lo que permite, sin mengua de aquella unidad de la Hacienda a que aludimos, la tipificación de los hechos como delito militar⁶.

Como acertadamente señalaba Calderón Cerezo⁷, no todos los delitos que se regulaban en el Código Penal Militar de 1985 afectaban directamente a la Hacienda militar; así, señalaba que ni lo eran todos los que se tipificaban, ni se tipificaban todos los que atentaban contra dicha manifestación de la Hacienda Pública. A tal efecto, echaba en falta la previsión de los robos, las estafas, las apropiaciones indebidas y los hurtos de uso, que eran conductas que menoscababan igualmente los bienes y recursos de las Fuerzas Armadas, y cuya represión en sede jurisdiccional militar daría también lugar al forzamiento de los tipos, en

⁴ Artículo 3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre: «1. El patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos. 2. No se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería».

⁵ QUINTERO OLIVARES, G. *Los delitos contra el patrimonio*, [www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_parte_especial/Derecho_penal_parte_especial_\(Modulo_6\).pdf](http://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_parte_especial/Derecho_penal_parte_especial_(Modulo_6).pdf).

⁶ STS (Sala 5.ª) de 25 de septiembre de 2001, fundamento de derecho duodécimo.

⁷ CALDERÓN CEREZO, A., *ob. cit.*, p. 1.

el supuesto de que se considerase que la sustracción que se contemplaba en los artículos 195 y 196 comprendía también los apoderamientos con fuerza, o que la misma sustracción del artículo 195 podría integrar el delito de apropiación indebida, ya fuera por la atribución competencial directa a los órganos de la jurisdicción militar o por aplicación de la previsión del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Debe también resaltarse que, al igual que en el Código Penal Militar de 1985, en la vigente Ley Orgánica 14/2015 se tipifican, al margen de los delitos contra el patrimonio contenidos en el actual título V del libro II, otras figuras delictivas que atentan igualmente contra los bienes y recursos de las Fuerzas Armadas; así, nos encontramos el delito de «atentado contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales», previsto y penado en el artículo 27⁸ del mismo, y que se perfecciona a través de la comisión, por parte de un militar, de hechos constitutivos de daños o estragos en sus distintas modalidades que afecten a medios o recursos de la «seguridad o defensa nacionales», si bien, en este, el elemento subjetivo del injusto viene determinado exclusivamente por el «propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales». Otra figura delictiva que tipifica conductas que afectan a los medios o recursos, en este caso de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, sería la prevista en el capítulo VII del título IV del libro II, bajo la rúbrica de «Delitos contra la eficacia del servicio», al castigar en el artículo 73⁹ la comisión de hechos constitutivos de daños por imprudencia grave, y en el artículo 75.1¹⁰, la comisión, bien por autoría directa, bien por comisión por omisión, de hechos constitutivos de incendio o estragos.

Por tanto, debemos considerar que el bien jurídico que el título V del libro II pretende tutelar se constriñe a la integridad de los bienes y recursos, entendidos estos como el conjunto de dinero, valores, efectos o bienes afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, que resulten afectados, no solo cuando los Ejércitos o la Guardia Civil queden empobrecidos en correlación al injusto enriquecimiento de quien la defrauda, sino también cuando se pone en grave peligro su integridad a consecuencia de una gestión arbitraria e incontrolada de sus caudales y efectos, así como también la preservación de la probidad y seriedad del militar en la gestión de los intereses económicos y administrativos que le corres-

⁸ Artículo 27 del Código Penal Militar. «El militar que, con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales, cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 264 a 266 o 346 del Código Penal será castigado con la pena prevista para dichos delitos incrementada en un quinto de su límite máximo. La misma pena se impondrá al que cometiere el delito tipificado en el artículo 346 del Código Penal, en situación de conflicto armado o estado de sitio, cuando no tenga la condición militar».

⁹ Artículo 73 del Código Penal Militar: «El militar que, en situación de conflicto armado o estado de sitio y por imprudencia grave causare en bienes afectos a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil los daños previstos en los artículos 264 a 266 del Código Penal... será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. Fuera de la situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de tres meses y un día a dos años o multa de dos a seis meses...».

¹⁰ Artículo 75.1 del Código Penal Militar: «Será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión el militar que: 1.º Ejecutare o no impidiere en lugar o establecimiento afecto a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil actos que puedan producir incendio o estragos...».

pondan¹¹. Tiene, pues, esta regulación un equivalente en los delitos tipificados en los artículos 432 y siguientes del Código Penal, que bajo el epígrafe de «Delitos contra la Administración Pública» tipifica, entre otros, el delito de malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, y negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios, incluyendo el legislador penal militar la receptación, para completar el conjunto de conductas objeto de reproche penal por afectar a la integridad de los bienes, medios y recursos de las Fuerzas Armadas, y al deber de honestidad y probidad exigible a todo militar.

En relación con la afección de los bienes objeto de estas conductas, se introduce una novedad con relación al Código derogado de 1985, y es que en el núcleo de las mismas contenido en el vigente artículo 82, esto es, respecto a la comisión de delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños, el legislador hace referencia expresa a que aquellos se encuentren al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, lo cual, como más adelante se abordará, puede plantear no pocas dudas en razón del quién sea el sujeto activo de los posibles delitos.

2. ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS PENALES

El vigente título V del libro II del Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 14/2015, contiene la regulación de los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar. Como indica la propia exposición de motivos del Código, al lado de infracciones clásicas, como la solicitud de crédito para atención supuesta, se incriminan con remisión a los tipos previstos en el Código Penal los delitos de hurto, robo, apropiación indebida y daños cometidos por un militar en relación con el equipo reglamentario, materiales y efectos, se completa la tipificación del prealimento de un militar para procurarse intereses en un contrato que afecte a la Administración Militar con la remisión al tipo previsto en el artículo 441 del Código Penal para detallar el castigo de estas conductas, se sanciona el incumplimiento de contrato en caso de conflicto armado o estado de sitio, cuando resulten afectados los intereses de la Defensa Nacional, y se tipifica expresamente la receptación, remitiendo su punición específica a las penas y medidas previstas en el Código Penal.

2.1. La solicitud de crédito para atenciones supuestas

El vigente artículo 81 del Código Penal Militar mantiene en sus mismos términos la redacción que se contenía en el derogado artículo 189 del Código Penal Militar de 1985, y que, de igual manera, encabezaba el articulado de este título: «1. El militar que, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años. 2. Si las cantidades así obtenidas se aplicasen en beneficio propio, se impon-

¹¹ Voto particular que formula el excelentísimo señor magistrado don Benito Gálvez Acosta a la STS (Sala 5.ª) de 11 de abril de 2012.

drá la pena de dos a diez años de prisión, que graduará el Tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido». Del examen de la jurisprudencia recaída a propósito del tipo penal de que se trata y que se contiene, sobre todo, en las sentencias de la Sala V del Tribunal Supremo, de fechas 26 de mayo de 1993, 15 de octubre de 1997, 8 de junio de 1998, 5 de febrero de 2002 y 14 de diciembre de 2004, entre otras, presenta las siguientes características:

- a) En cuanto a la naturaleza de la infracción, es un delito de mera actividad y de consumación anticipada en que la perfección del delito coincide con la realización de la conducta típica.
- b) Es un delito de peligro en el que se castiga el riesgo que para la eficacia de las Fuerzas Armadas representa la desviación de sus recursos para finalidades distintas de las previstas, radicando la antijuridicidad en el desvalor de la acción y no del resultado que es contingente, a salvo de la agravación prevista en el párrafo segundo.
- c) El objeto material de la conducta es la Hacienda en el ámbito militar, entendida como el conjunto de recursos económicos que el Estado pone a disposición de las Fuerzas Armadas como aporte necesario para la realización de los fines previstos en el diseño de la política de Defensa Nacional.
- d) El bien jurídico que la norma protege es la integridad de aquellos recursos necesarios, puestos al servicio de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus fines, manteniendo así su nivel de eficacia; a su vez, y desde la primera sentencia referida a la gestión presupuestaria desleal, se sostiene por la Sala de lo Militar que también se protege la lealtad en la gestión de los recursos económicos.
- e) Sujeto activo del delito puede ser cualquier militar, aunque no esté funcionalmente encargado de la gestión presupuestaria o económica.
- f) La conducta típica consiste en solicitar la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, mediando simulación de necesidades para el servicio o bien de derechos económicos a favor del personal.

No obstante lo anterior, debe traerse a colación la opinión discordante¹² al respecto de quién puede ser sujeto activo de dicho delito y, por tanto, realizar la conducta típica, en el sentido de que el delito contra la Hacienda en el ámbito militar recogido en el artículo 189 del Código Penal Militar de 1985 establece, al igual que el vigente artículo 81 del Código Penal Militar, en su párrafo 1.º, dos conductas diferentes a realizar siempre por militar, y consistentes, en ambos casos, en la solicitud de asignación de crédito presupuestario para una atención supuesta que se matiza, en un caso, por partir de la simulación de necesidades para el servicio, y, en el otro, por originarse simulando derechos económicos a favor del personal; estableciéndose en su segundo párrafo un tipo agravado, consistente en que las cantidades así obtenidas se apliquen en beneficio propio. Sin embargo, siempre el núcleo esencial de la acción viene constituido por la solicitud de asignación de crédito presupuestario amparada en una de las dos simulaciones que en el precepto se señalan.

¹² Voto particular formulado por los excelentísimos señores magistrados don Javier Aparicio Gallego y don Ángel Calderón Cerezo a la STS (Sala V) de 10 de abril de 2000.

Así, la solicitud de asignación presupuestaria sería un comportamiento que únicamente podrían realizar los militares que, estando encargados de la gestión presupuestaria de las unidades, centros o dependencias militares, efectuasen tales solicitudes para atender a las necesidades de aquellos centros, unidades o dependencias en que prestan sus servicios, por lo que aquellos otros militares que no tienen encomendada tal actuación y, por tanto, no solicitan la asignación de créditos presupuestarios para las unidades no podrían cometer este delito. Según esta teoría, la condición de militar del sujeto activo sería un requisito necesario pero no suficiente para la conformación del tipo, al tratarse de un delito especial en que los posibles sujetos no basta con que sean militares genéricamente considerados, sino que, además, infrinjan un específico deber de fidelidad en el cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas acerca de la gestión presupuestaria. A este respecto, la Sala de lo Militar recuerda que «el bien jurídico protegido por el artículo 189 es el deber de lealtad en la gestión de los recursos públicos que incumbe al militar encargado de administrarlos y no poner en peligro la asignación de los recursos destinados al cumplimiento de los fines que corresponden a los Ejércitos y, para el caso de lograrse ilícitamente el resultado perseguido, la integridad de aquellos recursos»¹³.

No obstante lo anterior, el criterio asentado jurisprudencialmente es el que entiende que el sujeto activo del delito puede ser cualquier militar, aunque no tenga encomendada la gestión de los fondos, señalando de tal manera el Tribunal Supremo que esta actividad puede ser cometida «tanto por un militar que desarrolle funciones de gestión o administración de los bienes de la Hacienda militar, como por cualquier militar que mediante aquella simulación solicite la asignación de un crédito presupuestario para atención supuesta, fingiendo, en definitiva, una actividad que realmente no ha realizado»¹⁴.

- g) Finalmente, no se requiere ánimo de lucro porque no es delito patrimonial de enriquecimiento y si las cantidades que llegaran a obtenerse se destinaran a beneficio propio sería de aplicación la agravación prevista en el párrafo segundo del precepto¹⁵.

Por otra parte, debe señalarse que la naturaleza de este delito es compleja¹⁶, ya que con su comisión se suele incurrir también en un delito de falsedad en documento militar, respecto del cual cierto sector doctrinal, con apoyo en algún fallo jurisprudencial, ha argumentado que la falsedad queda subsumida en el delito contra la hacienda al ser un elemento configurador del tipo.

2.2. Sustracciones y daños de equipos, materiales y efectos

El artículo 82 supone ya la primera modificación de calado que introduce el nuevo Código Penal Militar al regular los delitos contra el patrimonio en el

¹³ STS (Sala V) de 14 de diciembre de 2004, fundamento de derecho vigésimo cuarto.

¹⁴ STS (Sala V) de 5 de febrero de 2002, fundamento de derecho primero.

¹⁵ STS (Sala V) de 11 de abril de 2012, fundamento de derecho tercero.

¹⁶ BLECUA FRAGA, R., *ob. cit.*, p. 2023.

ámbito militar. Dicho precepto supone la integración, en un único artículo, de las conductas que se regulaban en los artículos 195 y 196 del anterior texto punitivo castrense, castigando el primero de ellos al militar que «destruyere, deteriorare, abandonare o sustrajere, total o parcialmente, el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino» y el segundo, al militar que «sustrajere o receptare material o efectos que, sin tenerlos bajo su cargo o custodia, estén afectados al servicio de las Fuerzas Armadas», siempre que en ambos casos, el valor de los efectos o material fuese igual o superior a la cuantía mínima establecida en el Código Penal para el delito de hurto, y contemplando en ambos casos subtipos agravados atendiendo a que la conducta típica afectase a material de guerra, armamento o munición, o los hechos revistiesen especial gravedad.

En el nuevo precepto, se integran ambos comportamientos, al disponer este que «el militar que cometiere los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños previstos en el Código Penal en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con las penas establecidas en el Código Penal para tales delitos impuestas en su mitad superior...», estableciendo en un segundo apartado que «si el militar no tuviere el equipo, material o efectos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil bajo su custodia o responsabilidad, el límite mínimo de las penas previstas en el Código Penal se incrementarán en un quinto». Igualmente, contiene la previsión de subtipo agravado cuando se trate de material de guerra o armamento, pero en este caso, incluyendo «cualquiera que sea su valor y el autor, incluso cuando este no tenga la condición de militar...».

El cuidado y conservación del material puesto a disposición de las Fuerzas Armadas deviene en obligación primordial del militar, tal y como establecen las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas; así, el artículo 43 señala que, en todo momento, el militar «Cuidará y conservará en perfectas condiciones de uso las instalaciones, material, equipo y armamento que tenga a su cargo de acuerdo con la normativa aplicable», disponiendo el artículo 65 que, en el ejercicio del mando, «Administrará los recursos puestos bajo su responsabilidad para obtener el máximo rendimiento de ellos, de acuerdo con los principios de economía y eficiencia en su utilización y eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados», y exigiendo el artículo 122 que, en la gestión de los recursos y bienes públicos, administrará estos «con austeridad, objetividad y transparencia, de acuerdo a los principios de legalidad y de salvaguarda de dichos bienes, y no los utilizará en provecho propio o de personas allegadas. Tendrá, asimismo, el deber de velar por su conservación».

En razón a dicha obligación, la responsabilidad de los militares puede estructurarse en un triple ámbito, a saber, administrativa, disciplinaria y penal¹⁷.

En el ámbito administrativo se concreta en el Real Decreto 567/1979, por el que se aprobó el Reglamento que regula el procedimiento a seguir en los ex-

¹⁷ BLECUA FRAGA, R., *ob. cit.*, pp. 2048 y ss.

pedientes administrativos que se sustancien para determinar la responsabilidad de esta naturaleza de los funcionarios encargados de la custodia, utilización y mantenimiento del material y efectos de los Ejércitos, y que prevé, según el caso, que por el Tribunal de Cuentas se exija el resarcimiento al Estado de los daños causados al material o efectos en caso de existir responsabilidad administrativa.

En el ámbito disciplinario se tipifican expresamente conductas de esta naturaleza, tanto en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS), como en la Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LORDGC); así, en la primera de ellas castiga como falta leve del artículo 6.32 «los daños leves en las cosas y la sustracción de escasa cuantía realizados en instalaciones militares, buques, aeronaves o campamentos, o durante ejercicios u operaciones o en acto de servicio», y como falta grave del artículo 7.38 el «destruir, abandonar, deteriorar o sustraer equipo, caudales, material u otros efectos, así como adquirir o poseer cualquiera de dichos bienes o efectos con conocimiento de su ilícita procedencia o facilitarlos a tercero», y en la segunda de dichas normas, en el ámbito de la Guardia Civil, como falta grave del artículo 8.24, consistente en «causar daño grave en la conservación de los locales, material o demás elementos relacionados con el servicio o dar lugar, por negligencia inexcusable, a su deterioro, pérdida, extravío o sustracción», y como falta leve en el artículo 9.9, el «mal uso o descuido en la conservación de los locales, material y demás elementos de los servicios, así como el incumplimiento de las normas dadas en esta materia».

La primera novedad que contiene el artículo 82 es la de abandonar expresiones como «destruir» o «deteriorar», para incluir en la definición del tipo la remisión a los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños respectivamente previstos en los artículos 234 y siguientes del Código Penal, y comprendidos en el título XIII del libro II del mismo, bajo la rúbrica de «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», por lo que para calificar una conducta como previsiblemente constitutiva de un delito contra el patrimonio en el ámbito militar, en la modalidad del artículo 82, deberá determinarse si la misma cumple los requisitos del correspondiente tipo penal común —hurto, robo, apropiación indebida o daños— y si afecta a equipo reglamentario, materiales o efectos al servicio de las Fuerzas Armadas; en el caso concreto de los daños, deberá a su vez atenderse a la concurrencia o no de un elemento subjetivo del injusto, cual sería el propósito de atentar contra los medios o recursos de las Fuerzas Armadas, en cuyo caso se incurriría no en un delito contra el patrimonio, sino en el de «atentado contra los medios o recursos de la seguridad nacional», respectivamente previsto en el artículo 27 del Código Penal Militar.

La redacción del nuevo tipo aclara la descripción de la conducta típica, toda vez que en el derogado artículo 195, además del hecho de que los efectos debían estar bajo custodia o responsabilidad del sujeto activo, el objeto de la conducta debía consistir en «destruir, deteriorar, abandonar o sustraer», mientras que en el 196 se castigaba únicamente el «sustraer o receptor», cuando los materiales o equipos no se encontrasen bajo responsabilidad del sujeto activo, quedando fuera de este precepto el «destruir o deteriorar», comportamientos que, llevados a cabo

por quien no tuviese los efectos bajo su custodia o responsabilidad, solo determinaría la asunción de responsabilidades disciplinarias, pero no penales, al quedar esas conductas fuera del tipo.

En segundo lugar, el legislador ha optado, como se comentaba anteriormente, por integrar en un único precepto penal las conductas que anteriormente se tipificaban por separado en dos preceptos, los derogados artículos 195 y 196, disponiendo en el vigente artículo 82 que el hecho típico consiste en hurtar, robar, apropiarse indebidamente o dañar el equipo reglamentario, materiales o efectos, aplicando distinta penalidad en función de que los mismos estuviesen, o no, bajo custodia o responsabilidad por razón del cargo o destino, del sujeto activo del delito; en este sentido, debe valorarse positivamente la modificación realizada en este punto en relación con el Código Penal Militar anterior, ya que en el derogado de 1985 la penalidad era la misma en el tipo básico de ambos delitos, esto es, tanto el tipo básico del artículo 195, como el del 196, sancionaban el delito con la misma pena de tres meses y un día a dos años, siendo así que en el primero el sujeto debía tener los efectos bajo su responsabilidad, lo cual evidenciaba una mayor antijuricidad de la conducta al afectar directamente al deber de probidad y lealtad del militar en el ejercicio de sus funciones; con la nueva redacción del tipo, se configura una distinta penalidad para los dos supuestos, imponiendo en el apartado primero del artículo 82 la pena prevista en el Código Penal para la infracción de que se trate —hurto, robo, apropiación indebida o daños— en su mitad superior, y en el apartado segundo, las citadas penas del Código Penal se impondrán incrementando en un quinto el límite mínimo de las mismas.

Por otra parte, no se contempla un tipo como el del derogado artículo 190¹⁸, precepto que guardaba estrecha relación con el delito de malversación de caudales públicos, si bien se diferenciaban fundamentalmente por el ámbito objetivo del bien jurídico o material conculcado, ya que en este ha de tratarse de «caudales o efectos públicos», es decir, de numerario, mientras que en el delito contra la hacienda militar del artículo 190 se comprenden aquellos bienes muebles destinados a la logística militar, como puede deducirse de la expresión «elementos asignados al servicio», siendo imposible entender por tales «elementos» el dinero destinado, por ejemplo, a abonar las nóminas del personal, sea este militar o civil¹⁹.

En el vigente Código Penal la malversación se define en el artículo 432, entendiéndose por tal los supuestos en los que una autoridad o funcionario público cometiese sobre el patrimonio público, entre otros, el delito de apropiación indebida previsto en el artículo 253 del mismo texto legal. Toda vez que el delito de apropiación indebida integra la conducta típica del vigente artículo 82, y dado que su comisión implica un acto de apropiación de los bienes asignados al servicio, elemento este que no concurre en la descripción típica de la conducta castigada en el artículo 190, debe entenderse que la punición de los actos de uso para

¹⁸ Artículo 190 del Código Penal Militar de 1985: «El militar que empleare para sus fines particulares elementos asignados al servicio o los facilitare a un tercero, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años, a no ser que el hecho revista escasa entidad que será corregido por vía disciplinaria».

¹⁹ STS (Sala II) de 31 de enero de 1989, fundamento de derecho tercero.

finos particulares de elementos asignados al servicio, o su facilitación a terceros debe quedar, a día de hoy, residenciada exclusivamente en el ámbito disciplinario, y concretamente, en los artículos 7.37 de la LORDFAS²⁰ y 8.25 de la LORDGC²¹, según los casos.

Otra cuestión que debe destacarse como novedosa en la redacción del artículo 82 es la configuración del subtipo agravado, al disponerse que «si se tratare de material de guerra o armamento, cualquiera que fueran su valor y el autor, incluso cuando este no tenga la condición de militar, se impondrá la pena interesada en un quinto de su límite máximo». Comparando este apartado con los equivalentes de los derogados preceptos 195 y 196, se observa, en primer lugar, que ha desaparecido de la redacción la referencia expresa a la «munición», quedando limitada la agravación al «material de guerra y armamento», lo que hace surgir la duda de si la omisión ha sido pretendida por el legislador, o si la munición ha de entenderse comprendida entre el «material de guerra y armamento». En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la sustracción de munición ha sido constantemente sancionada de forma expresa en los distintos textos penales militares²², y ello en atención al bien jurídico protegido, es decir, con absoluta independencia de la cuantía que se hubiese sustraído de esta clase de material o efectos²³, y que, por otra parte, la misma no está tipificada como infracción disciplinaria en la LORDFAS, por lo que debe entenderse que una conducta de tal gravedad no puede quedar sin sanción, y cabría de esta manera considerar su inclusión entre lo que se denomina «material de guerra y armamento», del mismo modo que los explosivos, sobre los que cabría efectuar idéntica consideración.

A su vez, cabe destacar, precisamente por la relevancia que el legislador quiere otorgar al bien jurídico protegido, el hecho de que, en este subtipo agravado, puede ser sujeto activo del mismo cualquier persona, sea o no militar, y con independencia del valor de lo sustraído; esto implica, por un lado, que puede ser sujeto activo del mismo un miembro de las Fuerzas Armadas, un miembro de la Guardia Civil —aspecto sobre el que se profundizará en otro epígrafe del trabajo— y un paisano, y por otro, que se comete el delito cuando afecte a bienes de esta naturaleza, con independencia de la cuantía de lo hurtado, robado o apoderado.

Precisamente esta última cuestión, esto es, la de la cuantía del equipo reglamentario, material o efectos que pueden ser objeto del delito, plantea otra cuestión de no poca relevancia en orden a la calificación de las conductas. Con el derogado Código Penal Militar de 1985 se partía, en el tipo básico de los artículos 195 y 196, de que el valor de los efectos, materiales o equipos debía siempre

²⁰ Artículo 7.37 de la LORDFAS: «Emplear para usos particulares medios o recursos de carácter oficial o facilitarlos a un tercero».

²¹ Artículo 8.25 de la LORDGC: «Usar para fines propios, sustraerlos para otro fin o facilitar a terceros recursos, medios o información de carácter oficial con grave perjuicio para la Administración».

²² Artículo 403 del CJM de 1945: «El militar que se apropia, enajena, cede a otro o de otro modo distrae armas, explosivos, municiones, o cualquier material de guerra recibido para su uso en el servicio o propiedad de los organismos militares o institutos armados».

²³ SS (Consejo Supremo de Justicia Militar) de 25 de mayo de 1983 y 7 de marzo de 1984.

ser igual o superior a la cuantía mínima establecida en el Código Penal para el delito de hurto, cuantía que, hasta la reforma operada en el artículo 234 de este texto penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, era de 400 euros, y que se establecía para delimitar el delito de hurto de la correspondiente falta, que a su vez se sancionaba en el artículo 623, y que en el ámbito penal militar operaba igualmente para delimitar el delito de la infracción disciplinaria.

Sin embargo, con la nueva redacción del Código Penal Militar y la desaparición de las faltas penales comunes, el hurto es siempre constitutivo de delito, operando la cuantía de 400 euros como delimitadora entre el delito menos grave y el leve; observando la redacción del nuevo artículo 82 del Código Penal Militar, en sus apartados primero y segundo se aprecia que ya no se hace referencia a la cuantía mínima que antes contenía el Código Penal, y por ello el hurto, robo, apropiación indebida o daños en el equipo reglamentario, materiales y efectos sería siempre constitutivo de delito en el ámbito militar, del mismo modo que en el penal común. No obstante, en el ámbito militar sí se mantiene la punición a nivel de falta disciplinaria de estas conductas, en concreto, en los artículos 7.38 de la LORDFAS²⁴ y 8.25 de la LORDGC²⁵, en ambos casos como falta grave, si bien se sancionan igualmente en la LORDFAS, como falta leve, las «sustracciones de escasa cuantía en instalaciones militares, buques, ejercicios...», y si bien respecto a los preceptos disciplinarios se mantiene la prevención relativa a que son faltas leves o graves «cuando no constituyan infracción más grave o delito», se plantea el problema, por un lado, de que no existe límite cuantitativo para calificar como delito o falta, quedando pues a criterio judicial la correcta subsunción de los hechos y, por otro, de que no parecería razonable que en el ámbito penal común cualquier sustracción va a ser siempre constitutiva de delito, con las consecuencias desfavorables para el reo que se derivan de dicha circunstancia (antecedentes penales...), mientras que en el ámbito militar podría darse el caso de que la infracción se sancionase disciplinaria y no penalmente, siendo así que la exigibilidad de rectitud en la conducta ha de ser necesariamente mucho mayor cuando de un militar se trata, máxime cuando nos encontramos ante efectos, equipo o material perteneciente a las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, y como se comenta anteriormente, en el subtipo agravado relativo a la sustracción de material de guerra o armamento se mantiene la expresión «cualquiera que fueran su valor y el autor, incluso cuando este no tenga la condición de militar», siendo así que al no quedar estos delitos circunscritos por su cuantía, dicha referencia podría ser innecesaria, al no existir ya ningún límite mínimo de cuantía respecto al tipo básico, estos es, el mero hecho de afectar a material de guerra o armamento determina la aplicación del tipo agravado.

²⁴ Artículo 7.38 de la LORDFAS: «Destruir, abandonar, deteriorar o sustraer equipo, caudales, material u otros efectos, así como adquirir o poseer cualquiera de dichos bienes o efectos con conocimiento de su ilícita procedencia o facilitarlos a terceros».

²⁵ Artículo 8.25 de la LORDFAS: «Usar para fines propios, sustraerlos para otro fin o facilitar a terceros recursos, medios o información de carácter oficial con grave perjuicio para la Administración».

2.3. El interés en operaciones que afectan a la Administración Militar y actividades prohibidas a militares

El artículo 83 del nuevo Código Penal Militar tipifica una conducta recogida de manera constante en nuestra legislación penal militar, con un contenido que, con matices, poco ha variado con el devenir de los tiempos. Efectivamente, ya en el Código Penal del Ejército de 1884, el de la Marina de Guerra de 1888 y el CJM de 1945²⁶ abordaban la cuestión de forma muy similar a como se tipifica hoy en día, y respecto al recientemente derogado Código de 1985 mantiene el mismo contenido, con la novedad de la referencia al artículo 441 del Código Penal.

El núcleo central de la conducta que se castiga en este precepto es que el sujeto activo, militar, se prevalga de tal condición para procurarse intereses en cualquier clase de contrato u operación —en este último caso, en el sentido de que se trata de una operación de índole económico o patrimonial—. El citado precepto castiga, en primer lugar, al «militar que, prevaliéndose de su condición, se procurase intereses en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración Militar», lo que determina: a) Que el sujeto activo ostente la condición de militar. b) Que se prevalga de tal condición de militar. c) Que se procure intereses en cualquier clase de operación de la Administración Militar.

Tal y como señala la reiterada jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo²⁷ «para la comisión del delito cuestionado no es preciso que la actuación del sujeto activo se materialice en un concreto perjuicio para la Administración Militar, aunque existe una alta probabilidad, por supuesto, de que el perjuicio se produzca cuando el sujeto, habiendo asumido un papel relevante en la ejecución de un contrato que afecta a la Administración, decide dividir su lealtad entre aquella y la otra parte de la que acepta una retribución. Lo decisivo para que el delito alcance realidad es, simplemente, que el sujeto se interese en el contrato —en su celebración o en su ejecución— que afecta a la Administración Militar, porque el bien jurídico tutelado mediante su castigo... es la probidad del militar, su lealtad hacia la Administración, valores que no pueden ser puestos en peligro». Por su parte, y por lo que respecta a la expresión «procurarse intereses», que equivale a la «finalidad de obtención de un provecho», ha de hacerse abstracción de que tal provecho llegue a realizarse efectivamente o no, ya que al tratarse de un delito puramente formal o de simple actividad se consuma por el mero hecho de interesarse el sujeto, con independencia de que consiga o no su propósito²⁸.

Si bien esta conducta se parificaba tradicionalmente al delito de fraude del Código Penal —actual artículo 436—, diferenciándose del mismo en que el delito militar, a diferencia del fraude, no exigía para su comisión la causación de un perjuicio, sino que únicamente era determinante la procura de intereses que llevase a cabo el militar, con independencia o no de que alcanzase sus fines y de que se ocasionase, o no, perjuicio a la Administración, actualmente debemos considerar

²⁶ Artículo 403.2 del CJM de 1945: «El militar que se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo».

²⁷ STS (Sala V) de 14 de diciembre de 2004, fundamento de derecho vigésimo tercero.

²⁸ STS (Sala V) de 12 de marzo de 2013.

que nos encontramos con el delito equivalente al de «Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos²⁹ y de los abusos en el ejercicio de su función», previsto y penado en el artículo 439 de dicho texto penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Esta interpretación resultaría acorde con la nueva redacción del artículo 83 del Código Penal Militar, al incluir, como novedad, la previsión de que el militar «cometiese el delito previsto en el artículo 441 del Código Penal»³⁰, precepto que se ubica en el mismo capítulo del Código Penal que el 439, y que, en el caso del Código Penal Militar introduce por primera vez en el texto penal castrense la sanción de la vulneración del régimen de incompatibilidades, contenido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y en el Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, cuestión que también deberá delimitarse jurisprudencialmente para diferenciarla de la infracción disciplinaria muy grave prevista en el artículo 8.11 de la LORDFAS³¹. En cualquier caso, el hecho de tipificar como delito contra el patrimonio en el ámbito militar una conducta como la de vulneración grave del régimen de incompatibilidades no distorsiona en modo alguno la naturaleza de estos derechos, toda vez que respecto al antiguo artículo 191 se aseveraba que con su castigo «se trata de proteger —aunque su ubicación en el título dedicado a los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar pudiera hacer pensar otra cosa— el correcto e imparcial funcionamiento de la Administración Militar, su buena imagen ante los ciudadanos y la probidad de los militares que la sirven»³².

2.4. El incumplimiento de contratos en situación de conflicto armado o estado de sitio

El vigente artículo 84 del Código Penal Militar es heredero del anterior artículo 193 del derogado texto penal castrense, con varias modificaciones. En primer lugar, debe señalarse que las consecuencias relativas al incumplimiento de los contratos, con carácter general, se encuentran delimitadas en la legislación de contratos aplicable al efecto, esto es, en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos

²⁹ Artículo 439 del Código Penal: «La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones».

³⁰ Artículo 441 del Código Penal: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa».

³¹ Artículo 8.11 de la LORDFAS: «El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad».

³² STS (Sala V) de 24 de junio de 1996, fundamento de derecho tercero.

del Sector Público en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad, consecuencias que quedan circunscritas a la esfera administrativa.

La tipificación de esta conducta en el ámbito penal militar motivó no pocos debates acerca de su pertinencia; en concreto, durante la tramitación parlamentaria del artículo 193 del Código Penal Militar de 1985³³, el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda para suprimir el párrafo segundo, que preveía la posibilidad de suspensión de actividades de la empresa o, en su caso, la disolución de la misma, por entender que las sociedades solo podían disolverse bien por voluntad de sus socios, bien por las causas tasadas en la legislación mercantil. Por su parte, el representante de Euskadiko Ezkerra manifestó ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados que dicho precepto era «extremadamente peligroso», al criminalizar un comportamiento que pertenecía al ámbito mercantil o civil, atribuyendo además su conocimiento a la jurisdicción militar. El Grupo Socialista señaló que la censura del precepto tendría sentido si se castigase el incumplimiento de contratos militares en tiempo de paz, pero al circunscribirse al «tiempo de guerra» o «estado de sitio», donde la economía del país queda subordinada a las necesidades de la guerra, el incumplimiento de contrato o su cumplimiento defectuoso debía ser castigado con la máxima severidad.

El precepto penal determina que se incurre en estas conductas cuando se lleva a cabo un incumplimiento íntegro de las obligaciones contractuales, o bien un cumplimiento defectuoso que desvirtúe o impida la finalidad del contrato. Precisamente, el traslado del ámbito del Derecho Administrativo al Penal de una conducta como la que se tipifica, se justifica en consideración a la trascendencia de la misma cuando la nación se encuentra en tan críticas circunstancias —en el precepto actual, y siguiendo la terminología del nuevo Código Penal Militar, «situación de conflicto armado o estado de sitio»— y por la repercusión que puede tener en cuanto a la eficacia operativa de la fuerza, y su dependencia de un sostenimiento logístico adecuado a dicha situación de gravedad.

Respecto al sujeto activo que puede cometer este delito, el artículo 84 se refiere al «particular o empresario», variando la previsión que se contenía en el derogado artículo 193, que lo refería a «el que». Dicha previsión trae como consecuencia que la comisión de este delito podrá imputarse tanto a una persona física como jurídica, debiendo tenerse en cuenta, en esta cuestión, la previsión del Código Penal acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que cabe entender plenamente aplicable a este supuesto. Efectivamente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal, introdujo en nuestra legislación una de las modificaciones más importantes en el ámbito del derecho penal económico, al abolir de nuestro ordenamiento jurídico el viejo principio de *societas delinquere non potest*, conforme al cual una persona jurídica no tenía aptitud para cometer delitos, principio que había empezado a decaer con la introducción en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del artículo 31, y que tras la meritada reforma de 2010 se amplía considerablemente con la introducción del artículo 31 bis a quinquies del Código Penal.

³³ BLECUA FRAGA, R., *ob. cit.*, pp. 2037 y ss.

Conforme a este precepto, cualquier persona jurídica, incluidas las sociedades mercantiles estatales, pueden ser sujetos responsables de estos delitos, con exclusión del Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público, y de aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. El criterio elegido para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas es doble³⁴ y así las personas jurídicas podrán ser consideradas penalmente responsables de la comisión de un delito, como autoras, en dos supuestos:

- Cuando alguno de sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho haya cometido un delito por cuenta y en provecho de la persona jurídica.
- Cuando en el ejercicio de sus actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica se haya cometido el delito por uno o varios de sus empleados, siempre y cuando el hecho punible haya sido posible por no haberse ejercido el debido control sobre su persona y actividad, por los representantes legales y administradores.

Esta regulación permite, en el caso de los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar, imputar la comisión del delito previsto en el artículo 84 tanto a los empresarios personas físicas como a los empresarios personas jurídicas, abarcando todos aquellos casos en los que contrate con la Administración Militar un particular, una empresa o una unión temporal de empresas, como suele ser habitual en las licitaciones públicas.

Otra novedad importante respecto al derogado Código Penal Militar de 1985 radica en que, en la regulación actual, no se contiene ya la posibilidad de comisión imprudente del delito que sí contenía el artículo 193, por lo que solo se prevé la posibilidad de comisión dolosa del mismo. En cualquier caso, esta decisión del legislador parece del todo lógica, toda vez que se antoja extremadamente difícil la posibilidad de que este concreto delito pudiese cometerse de forma imprudente, al requerir un previo incumplimiento íntegro de las cláusulas de un contrato o un cumplimiento defectuoso que previsiblemente sería detectado y advertido por las autoridades responsables de la ejecución y seguimiento del contrato, existiendo la posibilidad de suspender la ejecución del contrato por parte de la Administración (ejemplo, artículo 220 del TRLCSP) ante un incumplimiento del contratista, con lo cual este estaría advertido de los problemas surgidos y podría tratar de subsanarlos. A su vez, la comisión del delito requerirá, en no pocos casos, la participación de personal militar en concepto de cooperación necesaria para su comisión.

Por último, señalar que el delito exige, para su comisión, que el incumplimiento íntegro o cumplimiento defectuoso traiga como consecuencia que «resulten afectados los intereses de la Defensa nacional», cuestión que deberá ser valorada caso por caso por el juzgador, dado que si no resulta acreditada dicha afectación la conducta no será merecedora de reproche penal.

³⁴ MORAL, M.^a T., y GONZÁLEZ, B. «Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Corporate Compliance». Fundesem Business School, febrero de 2015.

Finaliza el precepto con la remisión expresa a la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal, y que comprenden, por remisión al artículo 33 del mismo texto penal, desde imposición de multas, disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales y establecimientos, etcétera, ampliando de esta manera el alcance de las que preveía el derogado artículo 193 del Código Penal Militar de 1985.

2.5. La receptación

El último de los preceptos contenidos en el Título V del Libro II del Código Penal Militar regula la receptación, conducta que ya se encontraba tipificada en el Código Penal Militar de 1985, concretamente en el artículo 197, si bien con la novedad de trasladar al Código Penal Militar la misma redacción que para el delito de receptación se contiene en el artículo 298 del Código Penal, y así, el nuevo artículo 85 del Código Penal Militar castiga al que «con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio en el ámbito militar en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo o reciba, adquiera u oculte tales efectos...», cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona, militar o paisano, y con la previsión de la especialidad que justifica la punición de estas conductas por la jurisdicción militar, cual es que el objeto del delito se encuentre comprendido dentro del «patrimonio en el ámbito militar», frente al delito común, que ha de afectar al «patrimonio o al orden socioeconómico». Fue precisamente el hecho de considerar de especial gravedad la comisión de estas conductas, cuando afectasen al patrimonio militar, lo que determinó que se incluyesen las mismas como último delito del Título en el Código Penal Militar de 1985, habiendo considerado oportuno el legislador mantener la punición de la receptación en el ámbito de la protección del patrimonio militar en el nuevo Código Penal Militar, con la misma descripción típica que en Código Penal común.

Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo³⁵, el fundamento de la punición de la receptación se encuentra en que constituye una conducta que ayuda a perpetuar la ilicitud cometida por el autor del delito precedente, dificultando la recuperación de la cosa ilícitamente obtenida, al tiempo que estimula la comisión de delitos contra el patrimonio al hacer más fácil para los autores del delito precedente deshacerse del objeto u objetos del delito, con el consiguiente aprovechamiento.

Respecto a los elementos configuradores del tipo más debatidos se encuentran los subjetivos, esto es, el conocimiento por el acusado de la procedencia ilícita de los bienes y el ánimo de lucro o enriquecimiento; por lo que respecta al primero de ellos, la receptación se configura como un delito doloso, si bien admitiéndose tanto el dolo directo —el pleno conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes— como el dolo eventual —cuando sin tener ese exacto conocimiento, el origen ilícito de los bienes aparezca con un alto grado de probabilidad—.

³⁵ STS (Sala II) de 24 de febrero de 2009, fundamento de derecho cuarto.

En cuanto a la penalidad, se remite directamente a las penas previstas en el Código Penal para los supuestos contemplados en los artículos 298 —tipo básico—, 303 —cometidos por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público...— y 304 —supuestos de provocación, conspiración y proposición—. Precisamente, la remisión a estos preceptos, a los efectos de determinar la penalidad, constituye la mayor novedad de la regulación introducida por el artículo 85, toda vez que no prevé agravación alguna de penas en atención a que el material receptado forme parte del patrimonio en el ámbito militar; en este sentido, el artículo 197 del Código Penal Militar de 1985 contenía dos subtipos agravados en atención a que se tratase de «material de guerra, armamento o munición», o bien a que el hecho «revis-tiese especial gravedad», supuesto este último para el que se preveía una pena de seis meses a seis años de prisión. Con la nueva regulación, la agravación relativa al armamento o munición no se contempla, y la referente a cuando los hechos revistan especial gravedad tiene señalada en el artículo 298 del Código Penal una pena considerablemente inferior, concretamente de uno a tres años de prisión.

Es en este punto donde la regulación actual contrasta de manera evidente, no solo con la anterior, sino también con otros preceptos del nuevo Código Penal Militar, y en particular con el artículo 82, donde se castiga al militar que cometiere los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños previstos en el Código Penal, con las penas previstas en dicho Código, «impuestas en su mitad superior», agravación que, aplicada en el artículo 85, podría coadyuvar a justificar el mantenimiento de un supuesto específico de receptación en el ámbito del patrimonio militar.

Por lo demás, debe considerarse de aplicación a este precepto las mismas consideraciones efectuadas en el análisis del artículo 84, respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que para el delito de receptación operarían de igual modo.

3. LA APLICABILIDAD DEL TÍTULO A LOS INTEGRANTES DE LA GUARDIA CIVIL

La posibilidad de considerar a los miembros de la Guardia Civil sujetos activos de los delitos previstos en el título V del libro II del Código Penal Militar, es una de las cuestiones que, a la luz del nuevo Código, plantearán no pocos debates doctrinales.

Efectivamente, atendiendo al ámbito de aplicación del Código Penal Militar determinado por su artículo 1, se dispone —apartados 4 y 5— que «el presente Código se aplicará a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho Cuerpo en los siguientes supuestos:

- a) En tiempo de conflicto armado.
- b) Durante la vigencia del estado de sitio.

- c) En el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se les encomienden.
- d) Mientras se encuentren integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas.

Fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Código Penal Militar se aplicará a los miembros de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho Cuerpo cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el título II del libro II de este Código. También se aplicará a las mismas personas por la comisión de los delitos tipificados en los títulos I, III y IV del libro II, excluyendo en estos supuestos aquellas acciones u omisiones encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en funciones de naturaleza policial».

Por tanto, atendiendo a esta previsión legislativa, la primera respuesta ante la cuestión debería ser negativa, toda vez que el título V del libro II —relativo a los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar— no aparece entre aquellos que pueden aplicarse a los miembros de la Guardia Civil cuando no se trate de alguno de los supuestos del apartado 4 —supuestos en los que se aplica el Código en su integridad—. No obstante, esta aseveración podría matizarse; efectivamente, y si bien la redacción del artículo 1 es taxativa en cuanto a los sujetos activos de los delitos militares, es lo cierto que en lo que atañe a los integrantes de la Guardia Civil y su potencial aptitud para ser sujetos activos de los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar la cuestión podría no ser tan clara. Si acudimos a la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, por la que se aprueba el Código Penal Militar, se señala que teniendo en cuenta la interpretación que del artículo 7 bis del derogado Código Penal Militar han llevado a cabo la Sala Quinta y la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, debía aplicarse el cuerpo legal a los miembros de la Guardia Civil, desde su condición de militares, cuando realicen hechos que afecten a bienes jurídicos propios del orden castrense radicados sobre todo en la disciplina, la relación jerárquica, la unidad y la cohesión interna, así como la protección de los medios y recursos puestos a su disposición.

Es precisamente esta referencia, la de la protección de los medios y recursos puestos a su disposición, la que abriría una vía para plantearse la aplicabilidad de estos delitos a los miembros de la Guardia Civil, en los casos previstos en el artículo 1.5 del Código Penal Militar, y sobre ello deben hacerse varias consideraciones. Como se indicaba en el primer epígrafe de este trabajo, dentro del concepto de patrimonio militar debe necesariamente incluirse todo capital, hacienda, patrimonio, fondo, cosa o bien de cualquier condición, fungible o no y susceptible de apreciación económica o valor, con tal de que pertenezcan dominicalmente al erario público.

Esta interpretación omnicompreensiva del concepto de patrimonio militar ha sido acogida por la Sala Quinta del Tribunal Supremo³⁶, señalando que la expresión «equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga el militar bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino» que emplea el legislador ha de ser interpretada en el sentido de incluir la totalidad de los bienes

³⁶ STS (Sala V) de 17 de noviembre de 2011, fundamento de derecho decimotercero.

de la Hacienda en el ámbito militar susceptibles de tal evaluación, paralelamente a como la Sala Segunda ha interpretado la expresión caudales o efectos que se recoge en la descripción del delito de malversación del Código Penal ordinario, que integra todo capital, hacienda, patrimonio, fondo, cosa o bien de cualquier condición, fungible o no y susceptible de apreciación económica o valor, con tal de que pertenezcan dominicalmente al erario público. En el ámbito castrense lo determinante es su adscripción a los ejércitos o institutos armados de naturaleza militar, lo que permite, sin mengua de aquella unidad de la Hacienda a que aludimos, la tipificación de los hechos como delito militar. Por tanto, dentro de este concepto de patrimonio militar se incluirían no solo los bienes y efectos de las Fuerzas Armadas, sino también los de la Guardia Civil en su condición de instituto armado de carácter militar.

Partiendo, pues, de esta concepción de patrimonio, resultaría llamativo el hecho de que solo pudiesen ser sujetos activos de estos delitos los miembros de las Fuerzas Armadas y no los militares de carrera de la Guardia Civil. Esta cuestión debe poderse igualmente en relación con la redacción de los preceptos del nuevo Código Penal Militar, toda vez que, en ninguno de ellos hay una referencia expresa a que el patrimonio militar, a los efectos penales, sea exclusivamente el «patrimonio de las Fuerzas Armadas» o el «patrimonio del Ministerio de Defensa». Es más, en el artículo 82, que contiene el núcleo central de las conductas contra el patrimonio, al tipificar la más característica de sus infracciones, refiere el sujeto activo al «militar», para luego centrar el objeto del delito en el equipo, materiales o efectos, afectados «al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil», locución que es coherente con la interpretación jurisprudencial citada en el párrafo anterior.

Si interpretásemos el artículo 1.5 del Código Penal Militar en relación con el artículo 82, podría llegarse a la conclusión de que en relación con los equipos, materiales o efectos de la Guardia Civil, que son tutelados en este último precepto, solo podría ser sujeto activo de este delito —cuando afectase a la Guardia Civil— un militar perteneciente a las Fuerzas Armadas, pero no uno de la Guardia Civil. Trasladando esta reflexión a un supuesto imaginario, resultaría que, por ejemplo, un oficial del Cuerpo Jurídico Militar destinado en una Zona de la Guardia Civil que se apoderase, en su caso, de caudales pertenecientes a la Pagaduría de dicha Zona, estaría cometiendo un delito contra el patrimonio en el ámbito militar, mientras que si el apoderamiento o sustracción lo llevase a cabo un integrante de la Guardia Civil no se le podría aplicar dicha figura delictiva, siendo así que el mero hecho de mudar de sujeto activo del delito no hace variar el objeto sobre el que recae la conducta delictiva, esto es, el hecho de que esos caudales o efectos pertenecientes a la Guardia Civil tienen, sin ningún género de dudas, la condición de «patrimonio en el ámbito militar». Esta interpretación estricta del artículo 1.5 en relación con el 82 —ante un supuesto imaginario pero que podría darse en la práctica— plantea no pocas dudas que la jurisprudencia deberá resolver.

Igualmente, la cuestión vuelve a complicarse en el apartado tercero del artículo 82, toda vez que si las conductas afectan a material de guerra o armamento, la agravación de la pena se impondrá «cualquiera que sea su autor, incluso cuan-

do este no tenga la condición de militar», lo cual dejaría abierta la puerta a poder imputar la comisión de este delito a un miembro de la Guardia Civil, ya que no resultaría coherente que un supuesto que podría aplicarse incluso a un paisano no pudiese serlo a un miembro de la Guardia Civil que hubiese sustraído armamento o munición, por el mero hecho de su pertenencia al instituto armado. Esta previsión podría entrar en conflicto con la dicción literal del referido artículo 1.5 del Código Penal Militar.

Igualmente, y aunque no tendría efecto práctico en la penalidad, no se advertiría motivo alguno que impidiese —*a priori*— la imputación de un delito de receptación del artículo 85 a un guardia civil que receptase material de las Fuerzas Armadas, caso en el que estaríamos aplicando el título V a un miembro del instituto armado.

A *sensu contrario*, el guardia civil que estuviese integrado en unidades de las Fuerzas Armadas —no encontrándose en tiempo de conflicto armado, ni durante la vigencia del estado de sitio— y realizase, por ejemplo, cualquiera de las conductas descritas en el artículo 82 que afectase a equipo reglamentario, materiales o efectos de la Guardia Civil, sí estaría cometiendo un delito contra el patrimonio en el ámbito militar y le sería de aplicación el título V, toda vez que al encontrarse en uno de los supuestos del artículo 1.4 las disposiciones del Código Penal Militar se aplicarían en su integridad a los miembros del instituto armado, siendo así que, en este caso, el perjuicio económico se irrogaría a la Benemérita y no a las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, el argumento favorable a que la referencia contenida en la exposición de motivos del Código Penal Militar citada anteriormente, según la cual uno de los criterios determinantes de la aplicabilidad del Código a los componentes de la Guardia Civil es el de la protección de los medios y recursos puestos a su disposición, quedaría colmada con la previsión de que, efectivamente, en los supuestos del artículo 1.5 del Código Penal Militar se puede imputar a los integrantes de la Benemérita el delito de «atentado contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacional» —siempre y cuando no se trate de un acto propio del servicio de naturaleza policial— plantearía también no pocos problemas, dado que el artículo 27 del Código Penal Militar comprende solo hechos constitutivos de daños o estragos de los artículos 264 a 266 y 346, respectivamente, del Código Penal, siendo así que otras conductas lesivas de esta debida protección a los medios o recursos de la seguridad o defensa nacional podrían producirse bajo otras figuras delictivas como el hurto o robo, que quedarían fuera del ámbito del artículo 27 del Código Penal Militar, y por ende de la aplicación del Código Penal Militar para sancionar las mismas, lo cual sería contradictorio con el propósito advertido en la exposición de motivos y, además, porque el bien jurídico protegido en el delito tipificado en el artículo 27 del Código Penal Militar es «la seguridad y la defensa nacional» y no la protección de los medios y recursos puestos a disposición del personal de la Guardia Civil.

Como se acaba de indicar, la aplicabilidad del título a los miembros de la Guardia Civil genera no pocos interrogantes y dará lugar, sin duda, al planteamiento de las correspondientes declinatorias de jurisdicción, por otra parte habi-

tuales en los procedimientos que se dirigen contra miembros del instituto armado. En cualquier caso, los pronunciamientos que al respecto, llegado el momento, emitirá el Tribunal Supremo permitirán delimitar la cuestión y aclarar las dudas que, en este epígrafe, se han tratado de exponer.

4. CONCLUSIONES

El fin pretendido con este trabajo no ha sido sino poner de relieve las novedades que el nuevo Código Penal Militar introduce en la tipificación de los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar, exponiendo al mismo tiempo las dudas interpretativas que al oficial auditor que suscribe se le han generado con el estudio de la cuestión, en el ánimo de que con la exposición del mismo en la fase presencial específica del Curso de Actualización para el ascenso a comandante auditor se genere un debate sobre los planteamientos expuestos. Teniendo en cuenta cuanto se acaba de señalar en este trabajo, la valoración del nuevo título, sobre el cual, debido al tiempo transcurrido desde su entrada en vigor no existen pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, debe ser positiva. Efectivamente, la razón de ser del nuevo Código Penal Militar es la de que los bienes jurídicos protegidos sean estrictamente castrenses en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas, de los medios puestos a su disposición y del carácter militar del conjunto de deberes y obligaciones consustanciales a la función militar, cuya transgresión se tipifica como delito militar. A su vez, y en desarrollo de esta razón de ser, se produce una reducción de su contenido como lógica consecuencia del principio de complementariedad de la ley penal militar respecto del Código Penal común, con numerosas y constantes remisiones a los preceptos de este.

El título V es fiel reflejo de ello y así reduce su extensión de los nueve artículos que conformaban el título IX del Código Penal Militar de 1985 a los cinco artículos que tipifican las conductas en el nuevo texto penal castrense, reducción que, sin embargo, no deja huérfano de protección penal ningún bien jurídico sustancial en lo que a la defensa del patrimonio militar se refiere. A tal fin, debe considerarse muy acertada y conveniente la remisión a los delitos de hurto, robo, extorsión y apropiación indebida previstos en el Código Penal común, sobre los que existe numerosísima jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y que permitirán definir con precisión la mayoría de los comportamientos punibles que afectan al patrimonio, abandonando expresiones como «deteriorar, abandonar o sustraer», que eran únicamente empleadas en el derogado Código Penal Militar.

Igualmente, la penalidad prevista para la mayoría de los delitos contemplados obedece, por un lado, al especial deber de tutelar convenientemente los bienes necesarios para garantizar el cumplimiento de las esenciales misiones que la Constitución y las leyes atribuyen a las Fuerzas Armadas, lo cual determina que determinados delitos puedan ser imputados a personas que no tengan la condición de militar y por otro, y precisamente por la trascendencia de la función, al deber de probidad, honradez y lealtad exigible a todo militar.

En definitiva, nos encontramos con una regulación adecuada y adaptada a las nuevas exigencias del Derecho Penal Militar, la cual, no obstante, como texto legal que comienza su andadura, deberá ser oportunamente decantada e interpretada por nuestra Sala de lo Militar, a la cual le corresponderá poner de manifiesto el alcance de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

BLECUA FRAGA, R. (1988), *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial CIVITAS.

CALDERÓN CERESO, A. (2002), *La Hacienda militar como objeto de protección penal*, en «Jornadas sobre cuestiones procesales y sustantivas en el ámbito de la jurisdicción militar», CEJ, Plan de Formación Continuada para la Carrera Fiscal.

QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos contra el patrimonio*, Universitat Oberta de Catalunya.

MORAL, M.^a T., y GONZÁLEZ, B. (2015), «Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Corporate Compliance», Fundesem Business School.

6. LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL. IMPLANTACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

Juan Ignacio Navarro Torrecillas
Capitán auditor

SUMARIO: 1. Las TIC y la Administración pública. 1.1. La Administración Electrónica o Digital. Evolución normativa. 1.2. La Administración de Justicia en relación a la implantación de las nuevas tecnologías, evolución y perspectivas de futuro. 1.3. La sede judicial electrónica. 2. Las TIC en el Ministerio de Defensa, especial referencia a la jurisdicción militar. 2.1. Normativa e implantación de la Administración Electrónica en el ámbito del Ministerio de Defensa. 2.2. Aspectos prácticos y nuevas funcionalidades del poder judicial. Aplicabilidad a la jurisdicción militar. 2.2.1. Diferentes aplicaciones de uso en la jurisdicción en España. Conclusiones. Bibliografía

1. LAS TIC Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración pública española, y más concretamente la Administración General del Estado, en adelante AGE, no es ajena a la constante mutación que está produciendo el desarrollo de las nuevas tecnologías en la sociedad. El objeto del presente estudio es inicialmente conceptuar qué entendemos por Tecnologías de la Información y el Conocimiento, en adelante TIC, y vincular las TIC con la Administración pública, para ello vamos a realizar un estudio sistemático de la evolución normativa de diversa índole que ha tenido la AGE y específicamente su desarrollo y concreción en los Ministerios de Justicia y de Defensa.

Haremos especial incidencia en la vinculación a las TIC de la jurisdicción militar, que es objeto de regulación específica, con la finalidad última de comprobar cuál es el grado de integración e interoperabilidad de la misma con el resto de operadores jurídicos del Estado. Para ello analizaremos los diferentes sistemas y aplicaciones de uso habitual, tanto por los órganos judiciales como las fiscalías,

comprobando su aplicabilidad a los órganos que conforman esta jurisdicción especializada.

En primer lugar, procede constatar que el desarrollo tecnológico que está viviendo la sociedad desde finales del siglo XX, con el despunte de la informática en la década de los años setenta y la versátil y diversa aplicación de estos desarrollos tecnológicos (véase comunicaciones telefónicas, redes, internet, satélites) en sectores de la empresa, las instituciones y finalmente en las propias relaciones sociales de los particulares, han devenido en un cambio radical en el modo de entender el acceso al conocimiento, en sentido global, así como la difusión del mismo.

Con el desarrollo de las redes informáticas e internet se ha producido una actualización en la forma de entender y practicar la comunicación, así como en las formas de acceso a la información. De hecho, ahora podríamos hablar de una difusión masiva de la comunicación o información, fruto de la avanzada innovación tecnológica y el fácil acceso a la misma por los ciudadanos, que nos ha llevado a formar parte del conocido concepto de «aldea global» que no es sino el reconocimiento a una situación de conectividad e interacción fruto de la revolución digital y de las telecomunicaciones.

En este sentido podemos conceptualizar las TIC como el conjunto de recursos o tecnologías necesarios para manipular la información: así, los ordenadores, los programas informáticos, servidores y las redes necesarias para convertirla, almacenarla, administrarla, transmitirla y encontrarla han incidido en los individuos, y en la forma de relación de los mismos, afectando por lo tanto a la sociedad, a la cual han transformado. Esta transformación ha sido auspiciada por la aparición de la tecnología digital, que ha avalado la progresión vertiginosa y sin igual que ha conocido la humanidad, desarrollando la información y el conocimiento.

1.1. La Administración Electrónica o Digital. Evolución normativa

La satisfacción del principio constitucional de eficacia previsto en el artículo 103 de la norma suprema exige un proceso de modernización de la Administración pública que tiene dos vertientes principales, por un lado la implantación de un sistema de mejora de la gestión y la calidad, que sistematice los procesos de actividad pública, de manera que se optimicen los recursos existentes, logrando medir el índice de satisfacción de los usuarios y revisando los datos obtenidos, mediante la implantación de planes de mejora, para su consecución. Y, en segundo lugar, complementario al anterior, y el desarrollo total de un sistema de Administración Electrónica o Digital¹, que conlleve un aumento de la productividad y eficacia de la Administración mediante la incorporación de las nuevas tecnologías

¹ La ONU ha publicado recientemente su informe bienal sobre Administración Electrónica. En esta edición de 2016 el estudio se ha centrado en la incidencia de la Administración Electrónica en el logro de los objetivos de desarrollo sostenible. España se encuentra entre los diez primeros países europeos del «ranking» y los diecisiete primeros del mundo. Los ciudadanos españoles se encuentran entre los más participativos del mundo (puesto 7), lo que refuerza la importancia y oportunidad de las Leyes 39 y 40/2015. Recuperado el 20 de septiembre de 2016 en <http://administracionelectronica>.

a los procesos internos de las unidades administrativas. Por un lado, se consigue una mayor agilidad en la resolución de tareas al evitar el intercambio de papel entre unidades y dentro de las mismas. Por otro lado, con las TIC se garantiza un mayor control del funcionamiento de la Administración, y por ende, una mayor transparencia.

La Administración Electrónica ha sido definida con diferentes acepciones, no obstante, y siguiendo a I. Araguás (2012)² se puede conceptualizar la Administración Electrónica como un nuevo modelo de gestión de la actividad administrativa, fundamentado en el uso intensivo de las tecnologías de la comunicación y la información, al que van ligadas consecuencias tanto de carácter interno, relacionadas con los procesos administrativos y con la organización, estructura y personal de la propia Administración, como consecuencias de carácter externo, esencialmente modificando las formas y canales de comunicación entre la Administración y los ciudadanos, así como cambiando las formas en las que se venían prestando los servicios públicos tradicionales y prestando servicios públicos nuevos.

El proceso transformador en la Administración pública española se encuentra recogido en el Plan Estratégico en relación a la Administración y las TIC³, procede que atendamos a lo señalado en el apartado «Estrategia del Portal de Administración Electrónica». El «Plan de Transformación digital de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos», desarrolla que: «la Estrategia TIC constituye el marco estratégico global para avanzar en la transformación de la Administración, estableciendo sus principios rectores, los objetivos y las acciones para alcanzarlos, así como los hitos para el desarrollo gradual de la Administración Digital con un horizonte temporal hasta 2020. La estrategia TIC incorpora las recomendaciones de la OCDE para la elaboración de estrategias de Administración digital y se alimenta de la estrecha relación con los actos, políticas y servicios de la Unión Europea alineándose con la agenda digital para España y la nueva estrategia de la Comisión Europea para el Mercado Único Digital. Así mismo, es un claro instrumento para la aplicación de las nuevas Leyes 39/2015, de

gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2016/Septiembre/Noticia-2016-09-19-ranking-mundial-de-Administracion-electronica-de-Naciones-Unidas.html#.V-laOLTjHic.

² Araguás, I. (2012). «La Administración Electrónica en España: de la administración en papel a la e-administración». Recuperado de DIALNET *Revista Chilena de Derecho y Ciencia política*, pp. 129 y 134. Entiende esta autora y compartimos que la incorporación de las innovaciones tecnológicas a la actividad administrativa no puede realizarse de la misma manera que en el sector privado. Y es que hemos hecho referencia, el principio constitucional de eficacia no es el único que rige la actuación administrativa, sino que el mismo, debe ser conciliado con otros principios. La Administración pública deberá actuar teniendo en cuenta los principios de eficacia y también el de eficiencia pero, en todo caso, debe hacerlo de manera acorde con el principio de legalidad y otros principios que rigen la actuación administrativa, así como respetando las garantías de los ciudadanos.

³ Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, 2015-2020, que podemos encontrar desde el 5 de octubre de 2015 en el apartado Estrategia TIC, en el Portal de Administración Electrónica del Gobierno de España. Este Plan ha sido recuperado del Portal de Administración Electrónica, en su apartado Estrategia, de http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2015/Octubre/Noticia-2016-08-05-disponible-estrategia-tic-y-servicios-compartidos.html#.VINpJGBtvIc.

1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público».

Asimismo, el Plan de Transformación de la AGE y sus Organismos Autónomos⁴ marca los cuatro objetivos estratégicos sobre los que se vertebra la Estrategia TIC para impulsar una verdadera transformación digital de la AGE y sus organismos públicos, aunque no en todos ellos, a saber:

- 1) Incrementar la productividad y la eficacia en el funcionamiento interno de la Administración, como elemento de competitividad nacional.
- 2) Profundizar en la transformación digital de las Administraciones públicas, convirtiendo el canal digital en el preferente para la relación de los ciudadanos y empresas con la Administración, así como el medio idóneo para que los empleados públicos desempeñen sus labores. Esta transformación digital ha recibido un impulso contundente en el ámbito de la justicia a partir del 1 de enero de 2016.
- 3) Conseguir una mayor eficiencia en los servicios TIC comunes de la Administración, obteniendo sinergias por el uso de medios y servicios compartidos, mediante la necesaria actualización de los medios disponibles. A mi juicio, se echa de menos una referencia a la necesaria y continua labor de formación del servidor público, objetivo que no debe ser desdeñado ya que nada sirve un equipo de última generación sin alguien que lo optimice en su uso.
- 4) Implantar una Gestión Corporativa Inteligente de la información y los datos, mejorando la eficacia de la Administración y en beneficio de los ciudadanos, garantizando la protección de su identidad digital. En este marco se encuentran los procesos de implantación y uso común del Dni-e, y la firma electrónica, tanto de los ciudadanos como de los servidores públicos en el ejercicio de sus competencias.

A continuación vamos a referenciar las diferentes normas jurídicas de ámbito estatal, que por su relevancia en la implantación de las nuevas tecnologías en las diversas Administraciones han resultado más relevantes. El motivo de hacer hincapié en el entramado normativo no es otro que entender la evolución de la implantación de la Administración Electrónica y constatar la profusión de las mismas en los últimos tiempos.

— Real Decreto 2291/1983, de 28 de julio, sobre órganos de elaboración y desarrollo de la política informática del Gobierno [disposición derogada]. Se trata de la primera norma jurídica que trató de lograr la racionalización y mejora de la función pública y de los servicios de la Administración, mediante la introducción de técnicas y equipos informáticos. En este momento se trataba de equipar de la mejor manera posible los órganos administrativos para el cumplimiento de sus funciones, no existiendo siquiera atisbo de una Administración digital, interconectada.

⁴ Las medidas contenidas en este Plan no serán de aplicación a la Agencia Estatal de Administración Tributaria que se regirá por su normativa específica. La Agencia Tributaria podrá participar en las medidas que se adopten en desarrollo de este Plan en la medida que lo considere oportuno y resulte compatible con su normativa específica.

— La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJAP. La LRJAP supuso el primer impulso real y global a la transformación de las pautas de actuación de las Administraciones públicas. En su preámbulo ya señala que «las nuevas⁵ corrientes de la ciencia de la organización aportan un enfoque adicional en cuanto mecanismo para garantizar la calidad y transparencia de la actuación administrativa [...]». Podemos calificar a la LRJAP como la norma que primeramente proclama la necesaria incorporación de los medios técnicos a las Administraciones públicas, así como la posibilidad de relación por medios electrónicos, informáticos... con los ciudadanos⁶.

— Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que incorporó al ordenamiento jurídico español la directiva europea relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior. Tal y como recoge su preámbulo, «se acoge, en la Ley, un concepto amplio de servicios de la sociedad de la información» que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio.

— La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, que nace de la necesidad de conferir seguridad a las comunicaciones por internet. El artículo 15.1 de la mencionada Ley 59/2003 incorpora el DNI digital de dos certificados: uno para constatar digitalmente la identidad de la persona y el otro para la firma electrónica de documentos. Finalmente, traemos a colación la modificación efectuada en la disposición final segunda de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas —a la que haremos referencia específica más adelante—, que proclama la plenitud de efectos jurídicos para todos los sistemas de identificación y firma electrónica previstos en la Ley.

— La Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (derogada)⁷. Esta norma base supuso la sistematización y confirmación de la LRJAP⁸, consagrando la relación con las Administraciones

⁵ Y es que en su día, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 pretendió modernizar las arcaicas maneras de la Administración pública española, propugnando en su expositivo una racionalización de los trabajos burocráticos y el empleo de «máquinas adecuadas, con vista a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas, siempre que el volumen de trabajo haga económico el empleo de estos procedimientos».

⁶ En su artículo 42.5 establece que «los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones públicas, o los que estas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por esta u otras leyes». Se derogan los apartados 2 a 5 por la disposición derogatoria única de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

⁷ Esta ley ha sido recientemente derogada en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

⁸ GÓMEZ, J. «La Administración Electrónica. Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo» (2007). GUILLÉN, J. La Administración Electrónica, en «Principios de Derecho de Internet» (2002).

públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para tales Administraciones. Esta ley supuso el inicio de verdaderos deberes para la Administración, ya que al consagrar el derecho del ciudadano a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos obligó a estas a dotarse de los medios y sistemas electrónicos habilitantes.

— Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, supuso la implantación del denominado «Plan Avanza» dirigido a garantizar los derechos de los ciudadanos en la nueva sociedad de la información, en materia de facturación electrónica, garantizando el uso de medios electrónicos en todas las fases de los procesos de contratación.

— Finalmente, es de suma relevancia la promulgación de la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y que junto con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, están suponiendo una verdadera reforma integral y estructural del modo en que se organizan y relacionan las Administraciones tanto externamente, con los ciudadanos y empresas, como internamente con el resto de Administraciones e instituciones del Estado, tratando de lograr la definitiva modernización del sector público español. La ley 39/2015⁹ contempla que la tramitación electrónica debe constituir la actuación habitual de las Administraciones públicas para servir mejor a los principios de eficacia, eficiencia, al ahorro de costes, a las obligaciones de transparencia y a las garantías de los ciudadanos. La ley regula, entre otras, cuestiones tales como los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas, la asistencia en el uso de medios electrónicos, los registros electrónicos, los sistemas de identificación de los interesados en el procedimiento, la práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos, la emisión de documentos por las Administraciones públicas, la validez y eficacia de las copias realizadas por las Administraciones públicas, los documentos aportados por los interesados; y el archivo de documentos.

— La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, publicada en *B.O.E.* n.º 236, de 2 de octubre de 2015, regula entre otras cuestiones los sistemas de identificación electrónica, la firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones públicas, la sede electrónica, el archivo electrónico de documentos, el intercambio de datos en entornos cerrados de comunicación, la actuación administrativa automatizada, la obligación de que las Administraciones públicas se relacionen entre sí por medios electrónicos, el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados, los sistemas electrónicos de información mutua, la gestión compartida de los servicios comunes que incluye los sistemas de información y comunicaciones, la aplicación del Esquema Nacional de Interoperabilidad y del Esquema Nacional de Seguridad, la reutilización de sistemas y

⁹ Debemos tener en cuenta que la disposición final séptima de la ley prevé que las materias precitadas no entren en vigor hasta el 2 de octubre de 2018, esto es, los efectos relativos al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico. Por lo tanto, hasta ese momento se mantendrán en vigor los artículos de la presente ley que traten sobre las materias citadas.

aplicaciones de propiedad de la Administración y la transferencia de tecnología entre Administraciones.

1.2. La Administración de Justicia en relación a la implantación de las nuevas tecnologías, evolución y perspectivas de futuro

A la hora de vincular el ejercicio de la actividad jurisdiccional con las TIC debemos empezar señalando que el tratamiento de la información constituye el principal uso que en la actualidad se da a las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Este tratamiento puede ser de muy diverso tipo: información sobre la organización del poder judicial, legislación y jurisprudencia o sobre los diferentes servicios que presta la Administración de Justicia. Los destinatarios de la información pueden ser colectivos específicos de operadores jurídicos —jueces, fiscales, abogados, funcionarios de la Administración de Justicia— o los ciudadanos en general. Además, esta información puede difundirse a través de páginas web o mediante herramientas como los boletines de información o los mensajes cortos de texto (sms), de manera que se pueda focalizar la información en función de sus destinatarios finales¹⁰.

A continuación vamos a desgranar las principales normas que adaptan las TIC a los particularismos de la propia Administración de Justicia.

— La Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ, introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de emplear medios técnicos, electrónicos e informáticos para el desarrollo de la actividad y el ejercicio de las funciones de Juzgados y Tribunales.

— La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, modificó la LOPJ, que, entre otros aspectos, dio rango de ley a la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Administración de Justicia y modificó radicalmente la organización de la oficina judicial¹¹ por lo que respecta a la estructura y procesos.

— El Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos (norma derogada)¹². LexNET es una aplicación que opera en un entorno web, para la comunicación

¹⁰ FABRA, P., 2007. «Monográfico E-justicia». *Revista de Internet Derecho y Política* n.º 4 (2007). En línea en <http://www.uoc.edu/idp/4/dt/esp/monografico.pdf>, recuperado el 4 de agosto de 2016, p. 5.

¹¹ El diseño de la nueva oficina judicial, con la creación de servicios comunes, evita la fragmentación de las tareas y la proliferación de criterios de actuación, dado que unifica las diversas funciones en un conjunto de órganos comunes que incluyen diversos órganos judiciales a los cuales dan servicio, del mismo modo descargan a los jueces de tareas burocráticas, con el resultado de fortalecer los mecanismos de dirección de la oficina judicial, que se atribuye al secretario judicial.

¹² Ha resultado derogada por el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET.

bidireccional de las oficinas judiciales con diferentes operadores jurídicos como procuradores, abogados y otros usuarios, como los notarios, registros, Abogacía del Estado, letrados de la Seguridad Social, Ministerio Fiscal e, incluso, con los ciudadanos en aquellos procedimientos en los que están legitimados para acudir a la Justicia sin necesidad de la asistencia de ningún profesional.

— El Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET, da un paso adelante exigiendo su utilización para los operadores jurídicos¹³.

— La Orden JUS/3000/2009, de 29 de octubre, por la que se crea y regula el Registro Electrónico del Ministerio de Justicia. Como ya se ha reseñado, la LRJAP instaba a las Administraciones públicas a promover el uso y la aplicación de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ejercicio de sus competencias. Esta previsión alcanzó la consideración de deber exigible con la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Además, dicha ley preceptuaba el deber de crear registros electrónicos para la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones y el contenido de las normas de creación de los registros electrónicos. En aplicación de ambas previsiones legales, la presente Orden procedió a la creación de un registro electrónico en el Ministerio de Justicia. Cabe destacar, que si bien fue una iniciativa destacable, lo era parcialmente y no de forma preceptiva, esto es, por un lado se implantaba solo para determinados procedimientos que quedaban delimitados en su anexo I y, en segundo lugar, la presentación de estos documentos por vía electrónica se contemplaba como una vía adicional y no obligatoria para el interesado.

— La Ley 18/2011, de 5 de julio, Reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. El legislador entendía que a la Administración de Justicia en cuanto poder judicial distinto del ejecutivo en el que se encuentran encuadradas el resto de Administraciones, no le era plenamente aplicable la precitada Ley 11/2007, y era necesaria una regulación

¹³ En este sentido, el artículo 4 del derogado Real Decreto 84/2007, en su apartado relativo al Régimen de utilización del sistema LexNET, preveía que: «1. La utilización del sistema Lexnet será obligatoria para los secretarios judiciales y para los funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, relacionados como usuarios en el anexo II de este Real Decreto, destinados en aquellas oficinas judiciales que dispongan del sistema y estén dotadas de los medios técnicos necesarios». Sin embargo, el vigente Real Decreto 1065/2015 prescribe en su artículo 4 que «los ciudadanos que no estén asistidos o representados por profesionales de la justicia podrán elegir, en todo momento, que la manera de comunicarse con la Administración de Justicia y la forma de recibir las comunicaciones y notificaciones de la misma sea o no por canales electrónicos. No obstante, estarán obligados a comunicarse con la Administración de Justicia, en todo caso, a través de canales electrónicos los siguientes sujetos: a) Las personas jurídicas. b) Las entidades sin personalidad jurídica. c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la Administración de Justicia en ejercicio de dicha actividad profesional. d) Los notarios y registradores. e) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia. f) Los funcionarios de las Administraciones públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo. g) Y los que legal o reglamentariamente se establezcan».

específica al efecto. Conviene destacar que el hecho de que esta ley, específica del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito jurisdiccional¹⁴, vincule el contenido de la misma a la jurisdicción militar —sin perjuicio de las especialidades propias de sus normas reguladoras— debería servir de base a la hora de requerir una equiparación en la implantación y el uso de las nuevas tecnologías, como posteriormente se argumentará.

— La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, abordó un tema —como es la protección de datos en el ámbito de los Tribunales— que carecía hasta entonces de una regulación completa y actualizada. La Ley Orgánica distingue con claridad entre ficheros jurisdiccionales y no jurisdiccionales. De esta forma, el responsable de los ficheros jurisdiccionales es el órgano jurisdiccional y estos se rigen por las leyes procesales en cuanto a los derechos ARCO —acceso, rectificación, cancelación y oposición—. Resultando como autoridad de control de tales ficheros el Consejo General del Poder Judicial. Por otro lado, el responsable de los ficheros no jurisdiccionales es la Oficina Judicial, al frente de la cual está un letrado de la Administración de Justicia. Ese tipo de ficheros se regirán por la normativa existente en materia de protección de datos de carácter personal y la autoridad de control de estos ficheros será la Agencia Española de Protección de Datos.

— Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el Fortalecimiento de las Garantías Procesales y la Regulación de las Medidas de Investigación Tecnológica. La ley trata de hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño —es el caso de la ciberdelincuencia—. Para ello, se actualizan las medidas de investigación tecnológica, se autoriza expresamente la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. También, con el fin de asegurar la autenticidad e integridad de los soportes puestos a disposición del juez, se impone la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica que garantice la información volcada desde el sistema central.

— Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Esta ley acomete una reforma en profundidad de las diferentes actuaciones procesales para generalizar el uso de los medios telemáticos o electrónicos, otorgando carácter subsidiario al soporte papel, buscando una mayor eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos, así como un ahorro de los costes al Estado y a los ciudadanos y se reforzarán las garantías procesales.

Como vemos la evolución que se observa es evidente, de la inicial implantación de los medios telemáticos o electrónicos en los años 90, unido al hecho de

¹⁴ La disposición adicional décima de la Ley 18/2011, de 5 de julio, Reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia, relativa a la aplicación de la ley en el ámbito de la jurisdicción militar, establece que «las disposiciones contenidas en la presente Ley serán de aplicación en el ámbito de la jurisdicción militar, sin perjuicio de las especialidades propias de sus normas reguladoras».

reconocer que se trata de un derecho del ciudadano, y correlativo deber de las Administraciones públicas —Ley 18/2011—, se pasa a una época de coexistencia de ambos modos de relación, tramitación en papel y en forma electrónica, para finalmente con esta norma dar carácter subsidiario al soporte papel, con la finalidad de instaurar definitivamente la E-Administración. Esta reforma no conlleva una mera declaración de intenciones, sino que se fija una fecha cierta, ya que se marca el 1 de enero de 2016 como fecha en la que todos los profesionales de la justicia y órganos judiciales y fiscalías estarán obligados¹⁵ a emplear los sistemas telemáticos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos y documentos y la realización de actos de comunicación procesal, debiendo la Administración competente, las demás Administraciones, profesionales y organismos que agrupan a los colectivos establecer los medios necesarios para que ello sea una realidad.

Conviene hacer especial mención a la entrada en vigor de esta norma fundamental, ya que se establecen diferentes plazos, motivados principalmente por la necesidad de dotar de medios adecuados a los órganos judiciales, y a los operadores jurídicos, no es tanto un asunto jurídico, cuanto de adecuación de los obligados al cambio a disponer de los medios que lo hagan factible. Del mismo modo, se establece un periodo transitorio progresivo, en cuanto a la presentación de escritos y documentos y realización de actos de comunicación por medios telemáticos, distinguiendo según se trate de operadores jurídicos o no, y en el primer caso diferenciando a su vez según se trate de Ministerio Fiscal o miembros del Colegio de Procuradores.

— Y por último, el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET, y al que nos referiremos al final del estudio.

El objetivo final de esta aceleración de la Justicia en entornos digitales no es otro que lograr la tramitación electrónica del expediente judicial. Para alcanzarlo, el Ministerio de Justicia viene trabajando en la consolidación del sistema en los órganos judiciales que ya lo tienen implantado. Actualmente está en funcionamiento en los doce Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y en la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que se convirtió, el 14 de junio de 2011, en el primer órgano en desplegar el expediente judicial electrónico.

¹⁵ *Vid.*, por su importancia en la reforma planteada, el artículo 135 de la LEC, relativo a «Presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales». «1. Cuando las oficinas judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273 remitirán y recibirán todos los escritos, iniciadores o no, y demás documentos a través de estos sistemas, salvo las excepciones establecidas en la ley, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que estas se hicieren. Esto será también de aplicación a aquellos intervinientes que, sin estar obligados, opten por el uso de los sistemas telemáticos o electrónicos. Se podrán presentar escritos y documentos en formato electrónico todos los días del año durante las veinticuatro horas [...]».

1.3. La sede judicial electrónica

Conviene prestar atención y diferenciar la sede electrónica¹⁶ de la sede judicial electrónica, a la que hacemos referencia en este momento. De este modo, si nos remitimos a la Orden JUS/1126/2015, por la que se crea la sede judicial electrónica correspondiente al ámbito territorial del Ministerio de Justicia, y cuya dirección electrónica de referencia es <https://sedejudicial.justicia.es>, podemos observar cómo esta sede electrónica nace con la finalidad de crear un acceso a sedes y subsedes judiciales electrónicas, a través del denominado Punto de Acceso General de la Administración de Justicia. Y es que con la implantación del Expediente Judicial Electrónico se avanza, de forma decidida, en la senda marcada por la Ley 18/2011, Reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia, tratando de hacer posible la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales.

El Expediente Judicial Electrónico, heredero digital de los expedientes en papel que tradicionalmente han constituido la herramienta de trabajo de los Juzgados y Tribunales, supone un cambio de modelo tanto en relación al soporte como al ámbito relacional: por un lado, el expediente deja de ser un conjunto de papeles que es objeto de copias, envíos vía fax o correspondencia ordinaria, y susceptible de cotejo por los órganos competentes; y pasa a ser un conjunto de información en formato electrónico, accesible para todos los intervinientes procesales y donde los procesos de tramitación toman un papel protagonista. Se trata de conseguir que el sistema de tramitación tenga más celeridad, facilitando con el uso de medios digitales el acceso a la información de las partes personadas en el procedimiento, simplificando el modo de acceso a la información digitalizada, así como cualesquiera actos procesales que conforman el procedimiento judicial en sí mismo.

Realmente, no ha sido hasta el 23 de septiembre de 2015 cuando se ha puesto en marcha a efectos prácticos la Sede Judicial Electrónica con ámbito competencial ajustado al territorio del Ministerio de Justicia en la dirección <https://sedejudicial.justicia.es/>. Y es que hasta la fecha los ciudadanos podían consultar los estados de sus expedientes judiciales, así como acceder a servicios de verificación de códigos de documentos judiciales electrónicos, entre otros servicios. Pero la entrada en funcionamiento de la Sede Judicial Electrónica —como la misma indica— supone la implantación de nuevas funcionalidades y optimización de

¹⁶ La sede electrónica fue aprobada por Orden JUS/485/2010, de 25 de febrero, en desarrollo de la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, <https://sede.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Sede/es/tramites> y que creó el concepto de sede electrónica, justificado por «la necesidad de definir claramente la sede administrativa electrónica con la que se establecen las relaciones, promoviendo un régimen de identificación, autenticación, contenido mínimo, protección jurídica, accesibilidad, disponibilidad y responsabilidad». Con la implantación de la Sede se pretendía diferenciar el concepto de portal de comunicación del de sede electrónica. Así, en el portal de comunicación tiene un marcado carácter el componente institucional, cuya finalidad es la información general sobre el Ministerio de Justicia, mientras que la Sede Electrónica establece un marco de comunicación e interacción con el ciudadano en relación con los servicios provistos por el Ministerio de Justicia.

trámites, tratando de potenciar el acceso y tramitación *on line* de los mismos tales como:

- Suscripciones de avisos: un ciudadano puede suscribirse para la recepción de avisos vía (email o sms) de aquellos señalamientos asociados a procedimientos en lo que actúe como interviniente y aviso de que le han publicado un documento en área privada. Este servicio está disponible en algunas sedes coincidentes con capitales de provincia de menor entidad poblacional, por lo que parece que el Ministerio de Justicia con lógica implanta el servicio paulatinamente.
- Acceso por el interesado a sus documentos: en su área privada, el ciudadano puede acceder a aquellos documentos que le haya publicado el Juzgado previa solicitud.

Se puede afirmar que el Expediente Judicial Electrónico constituye uno de los ejes principales del proceso modernizador de la Administración de Justicia. Su implantación supondrá en breve la definitiva superación de una justicia basada en el papel, un importante ahorro en recursos y una simplificación de la gestión, lo que repercutirá en una mayor celeridad en la adopción de las resoluciones y, en consecuencia, en una reducción de los tiempos de espera.

2. LAS TIC EN EL MINISTERIO DE DEFENSA, ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISDICCIÓN MILITAR

Tal y como señalan V. Fernández e I. Peral (2006)¹⁷, las TIC se instalan en este Departamento Ministerial principalmente a raíz del Plan del Ministerio de Defensa, en adelante MINISDEF, denominado «PD CIS», que se aprueba en 2002, y para cuya elaboración el secretario de Estado del MINISDEF constituyó el Grupo de Trabajo de Tecnologías de la Información y Comunicaciones. El objeto de este Plan, según se recoge en su resumen ejecutivo, es establecer la política del MINISDEF respecto de las TIC determinando las necesidades y definiendo y priorizando las acciones precisas para el cumplimiento de dicha política. Y es que los sistemas TIC dedicados a la defensa tienen unas características especiales que los hacen distintos y especiales: alta complejidad interna pero sencillez de manejo para el operador final, instantaneidad, integración con otros sistemas de inteligencia y logística, interoperabilidad con las soluciones y equipos de nuestros aliados, seguridad con avanzadas técnicas de autenticación y cifrado, redundancia de informaciones y redes, estructura descentralizada pero con decisión centralizada.

Coincido con V. Fernández e I. Peral al señalar que las TIC en el MINISDEF alcanzan una complejidad y problemática notable, esto es debido fundamen-

¹⁷ FERNÁNDEZ, V.-PERAL, I. «Avances en tecnologías de la información y de las comunicaciones para la seguridad y la defensa», Monografías del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, n.º 88 (2006), capítulo II relativo a la implantación de ITIL para gestión TIC en centros militares.

talmente a la multitud de áreas de competencia abarcadas por el MINISDEF¹⁸ (gestión de personal civil y militar, economía, armamento y material, logística, infraestructura, justicia, gestión hospitalaria, enseñanza, cultura y acción social), las relaciones con otros entes como el mando y control de operaciones militares, tanto en el marco nacional como en las derivadas de su pertenencia a organizaciones internacionales —Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), Unión Europea Occidental (UEO), etcétera—, la gran variedad de servicios comunes (cartografía, informática, investigación operativa, psicología y estadística, etcétera), su propia estructura y constitución y las amenazas constantes y crecientes en materia de ciberseguridad. Conviene incidir en que sin seguridad no hay eficacia, lo cual es evidente en una organización como el MINISDEF, dado el grado de confidencialidad de gran parte de la información que se trata. Ello ha obligado a la aprobación del Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas, creando el Mando Conjunto de Ciberdefensa, que será el responsable del planeamiento y la ejecución de las acciones relativas a la ciberdefensa en las redes y sistemas de información y telecomunicaciones del MINISDEF, así como contribuir a la respuesta adecuada en el ciberespacio ante amenazas o agresiones que puedan afectar a la Defensa Nacional.

2.1. Normativa e implantación de la Administración Electrónica en el ámbito del Ministerio de Defensa

Siguiendo la misma metodología, parece oportuno conocer aquellas normas de aplicación exclusiva al MINISDEF, ya que como hemos ido destacando a lo largo del trabajo son varias las leyes de ámbito general que se remiten a la normativa específica del MINISDEF a la hora de determinar la aplicación o no de determinados aspectos.

— Orden DEF/1159/2010, de 3 de mayo, por la que se regula la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de Defensa, derogada por la reciente Orden DEF/2071/2015, de 5 de octubre, por la que se regula la Comisión Ministerial de Administración Digital del Ministerio de Defensa.

— Orden DEF/1766/2010, de 24 de junio, por la que se crea la Sede Electrónica Central del Ministerio de Defensa, que desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. A esta Sede Electrónica del MINISDEF se accede a través de la dirección: <https://sede.defensa.gob.es/acceda/>¹⁹, es necesario saber que este enlace está en funcionamien-

¹⁸ Debe tenerse en cuenta que además de las Fuerzas Armadas y el propio Órgano Central, el Ministerio de Defensa tiene otros siete Organismos Autónomos (Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA), Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), Instituto de la Vivienda para las Fuerzas Armadas (INVIFAS), Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (GIED), etcétera.

¹⁹ En la Bienvenida a la Sede Electrónica Central del Ministerio de Defensa, se informa que «la Sede Electrónica Central del MINISDEF le permitirá interactuar electrónicamente con el Ministerio de Defensa para la presentación de escritos y solicitudes, así como recibir comunicaciones relativas a

to desde fecha muy reciente, concretamente desde el 6 de noviembre de 2015. Así, si se hace una navegación activa, se puede comprobar una vez que se ha accedido a la misma, los siguientes enlaces:

- Procedimientos: permite acceder al listado de procedimientos accesibles en la Sede. En cada uno de ellos hay un botón «Ir al procedimiento» que presentará el formulario adecuado según el procedimiento, y tras rellenarlo, el usuario lo firmará con su certificado.
- Mis expedientes: permite acceder a consultar el estado de tramitación de un expediente, así como las notificaciones puestas a disposición por vía electrónica.
- Código seguro verificación: permite la verificación de documentos electrónicos emitidos por la sede y la validación de certificados y firma de documentos.
- Registro electrónico común: permite el acceso al registro electrónico común del Punto de acceso general de la Administración General del Estado.

— Orden DEF/2594/2014, de 16 de diciembre, por la que se establece el sistema de utilización del código seguro de verificación de documentos electrónicos del MINISDEF. El MINISDEF, atendido que la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, previa para la identificación y la autenticación del ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada, la posibilidad de utilizar un Código Seguro de Verificación, en adelante CSV, que permita la comprobación de la integridad de los documentos elaborados mediante una actuación automatizada, accediendo a la Sede Electrónica correspondiente, y que el artículo 6.2.i) del Real Decreto 1671/2009, por el que se desarrolla parcialmente la mencionada Ley, establece como servicio mínimo a tener en las sedes electrónicas la comprobación de la autenticidad e integridad de los documentos emitidos por los órganos u organismos públicos que abarca la sede que hayan sido autenticados mediante CSV, estableció la necesidad de dotarse de un sistema CSV, para garantizar la seguridad en la documentación. Como se puede ver en los trámites disponibles en sede electrónica, el elemento que asienta la autenticidad y seguridad jurídica no es otro que la existencia de Certificados obtenidos por los usuarios interesados, debiendo reseñar que todavía la ciudadanía en general, y los usuarios del MINISDEF no están habituados a disponer y utilizar los diferentes Certificados.

los procedimientos administrativos publicados en esta sede electrónica. Para utilizar la Sede Electrónica Central del MINISDEF es necesario disponer de un DNI Electrónico u otro certificado digital reconocido incluido en la lista de certificados admitidos, o estar dado de alta en la plataforma CL@VE, así como cumplir con el resto de requisitos técnicos. Para un correcto funcionamiento del servicio deberá configurar el navegador adecuadamente, así como tener permisos para la descarga y ejecución de Applets Java (para firma de solicitudes, instancias, etcétera.). En esta página se irá publicando la relación de nuevos sistemas operativos y navegadores que, previa certificación técnica de interoperabilidad, se reconozcan como válidos para este servicio. La Sede Electrónica Central del Ministerio de Defensa utilizará para firmar las solicitudes, instancias o comunicaciones el certificado de sello electrónico y de firma de software Registro Electrónico del Ministerio de Defensa |CIF S2830146C de la Autoridad de Certificación del Ministerio de Defensa».

— La Orden DEF/1826/2015, de 3 de septiembre, por la que se regula el Registro Electrónico Central del Ministerio de Defensa, que tiene como objeto la regulación del Registro Electrónico Central del Ministerio de Defensa, en adelante RECMD, desde el que se llevará a cabo la recepción y remisión, por vía electrónica, de solicitudes, escritos y comunicaciones, en la forma prevista en el artículo 24 de la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

Pese a la aprobación de la Orden antedicha, es necesario atender detenidamente a lo prescrito en su disposición transitoria única, al recoger que «hasta que todas las oficinas de registro de la Administración General del Estado no estén interconectadas las comunicaciones, escritos y solicitudes a las que hace referencia el artículo 24.2.b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, se realizarán a través del Registro Electrónico Común al que hace referencia el artículo 31 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, y regulado por Orden PRE/3523/2009, de 29 de diciembre».

Por lo tanto, igual que se critica desde diferentes sectores, preferentemente operadores jurídicos la reforma de la LEC, que transforma la Justicia de papel en la conocida E-Justicia, atendiendo a cierta improvisación o falta de un periodo de tiempo suficiente para su adaptación, la realidad es que para lograr la plena operatividad, no basta con un mero instrumento normativo o plan declarativo de objetivos. En este caso, parece que a la hora de aprobar esta norma, que implanta el Registro Electrónico Central del MINISDEF, conscientes de las limitaciones intrínsecas existentes y de la necesaria interconexión con otras Administraciones, la propia norma queda desnaturalizada, al postergar sus efectos *sine die*, a la luz de su disposición transitoria única, hasta que todas las oficinas de registro de la Administración General del Estado estén debidamente interconectadas.

2.2. Aspectos prácticos y nuevas funcionalidades del poder judicial. Aplicabilidad a la jurisdicción militar

La LOPJ, en la nueva redacción de su artículo 230, establece que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones previstas en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y las demás leyes que resulten de aplicación, siendo de obligado cumplimiento las instrucciones generales o singulares de uso de las nuevas tecnologías que el Consejo General del Poder Judicial, en adelante CGPJ, o la Fiscalía General del Estado dirijan a los Jueces y Magistrados o a los Fiscales, respectivamente, determinando su utilización.

Del mismo modo, se afirma que gozan de la validez y eficacia de un documento original, los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. Se establecen

para ello unos requisitos ineludibles en los procesos que se tramiten con soporte informático tales como la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal, debiendo garantizar en todo caso la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce.

Finalmente, procede señalar que el apartado sexto del artículo 230 de la precitada LOPJ establece que los programas y aplicaciones informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser previamente informados por el CGPJ y que los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí para facilitar su comunicación e integración, en los términos que determine el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica. El objeto de este precepto es garantizar la necesaria interconexión entre el territorio del Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con las competencias de Justicia transferidas.

2.2.1. Diferentes aplicaciones de uso en la jurisdicción en España

A continuación vamos a tratar de mostrar algunos de los principales sistemas y aplicaciones, herramientas procesales y sustantivas de los órganos judiciales, fiscalías y operadores jurídicos en general, así como las funcionalidades que tienen en la actualidad. En este sentido, veremos cómo ya están en funcionamiento diferentes plataformas o aplicaciones de utilidad, y trataremos de conocer cuál es la situación real en cuanto a su utilización por la jurisdicción militar.

2.2.1.a) El Punto Neutro Judicial

El CGPJ, hace aproximadamente trece años, decidió impulsar todos los proyectos orientados a la utilización de la informática y las comunicaciones en la Administración de Justicia. De este modo, el Pleno del CGPJ en 2002 acordó autorizar la constitución del «Punto Neutro Judicial», en adelante PNJ. En una primera concepción, el PNJ se concibe como una red que facilita la comunicación e intercambio de documentos judiciales entre los propios órganos judiciales. Tratando de facilitar a los órganos judiciales el acceso a servicios y registros que pudieran prestar el Ministerio de Justicia y otros organismos, así como un sistema facilitador de las relaciones entre los órganos judiciales y el CGPJ y otras instituciones mediante la firma de convenios de colaboración.

— En un segundo periodo, desde el año 2005, el PNJ se configura como una red segura que incluye herramientas y utilidades. A partir de este momento se van a incorporar diferentes enlaces a proveedores de información. El acceso al PNJ, que no deja de ser una intranet, limitada, por tanto, en su acceso y utilización a determinado personal de la Administración de Justicia, se realiza por un portal que facilita la navegación entre los distintos servicios. En este momento, en septiembre de 2016, se prestan más de treinta servicios en el PNJ, cuya tipología es la siguiente:

- Consultas para averiguación patrimonial y domiciliaria, intercambio de información, consultas penitenciarias, consultas y actualización de las estadísticas judiciales, servicios del Ministerio de Justicia y otros Servicios. Para entender mejor el carácter integral del proyecto²⁰ conviene hacer una relación de las Administraciones que se integran en el PNJ: Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Consejo General de la Abogacía Española, Consejo General de Procuradores de España, Consejo General del Notariado, CGPJ, Cuerpo Nacional de Policía, Dirección General de Tráfico, Dirección General del Catastro, Fiscalía General del Estado, Fondo de Garantía Salarial, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Instituto Nacional de Empleo, Instituto Nacional de Estadística, Ministerio de Justicia, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Tesorería General Seguridad Social.

En cuanto a su utilización por los órganos judiciales de la jurisdicción militar, procede destacar que si bien sí que se puede dar de alta la aplicación, y acceder a la misma gracias a las claves que facilita el CAU del PNJ, la realidad queda desvirtuada cuando se trata de utilizar los diferentes servicios «ofertados», ya que muchos de ellos, y por ausencia de los convenios oportunos, no son operativos al día de la fecha, es decir, cuando se trata de solicitar, por ejemplo, acceso al reciente fichero de titularidades financieras, acceder a la averiguación patrimonial o domiciliaria integral no es posible, en otros casos como los avisos SMS o el servicio de comunicaciones seguras si el usuario pertenece a la jurisdicción militar ni siquiera aparecen visibles. El motivo, como ya he adelantado, es que al interactuar con otras Administraciones, Colegios Profesionales... y operadores de servicios no se han culminado los oportunos convenios de colaboración que habiliten el intercambio de información al efecto.

2.2.1.b) El Sistema de Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia

La aprobación del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia supuso un nuevo modelo organizativo, basado en la integración de los registros de violencia doméstica, menores y rebeldes civiles ya existentes²¹, así

²⁰ Buena muestra de la utilidad que el PNJ ha alcanzado para los órganos judiciales son los más de doce millones de accesos realizados en el último año que suponen un considerable ahorro en tiempo de tramitación de los expedientes y en recursos humanos tanto de la Administración de Justicia como de los organismos consultado.

²¹ Recientemente, el Real Decreto 576/2014, de 4 de julio, ha modificado el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, crea el fondo documental de requisitorias vinculado al SIRAJ. La nueva funcionalidad permite articular la publicidad y gestión de las requisitorias a través del SIRAJ desde la grabación inicial y carga de documentos adjuntos para su consulta por el juzgado ante el que sea presentado el requerido, hasta la adopción de las posibles medidas por el órgano de guardia y la eliminación automática de la documentación una vez que el requerimiento de situación personal haya sido dejado sin efecto en los Registros Judiciales.

como la creación de un registro de medidas cautelares, que es conocido entre los funcionarios de la Administración de Justicia como aplicación SIRAJ. Supuso un gran hito para la actividad judicial ya que permitió establecer una sola vía de registro de datos con el fin de evitar la redundancia de los datos existentes. Esta herramienta funciona actualmente en todos los órganos judiciales del orden penal del territorio nacional, incluidos por lo tanto los órganos judiciales integrantes de la jurisdicción militar, sin que se observen en la práctica, limitación alguna, en su acceso y usabilidad.

El *modus procedendi*, para ampliar los sujetos participantes en estos registros integrados, se ha realizado mediante la firma de diversos convenios con el Ministerio del Interior para garantizar el acceso a la información por parte de aquellas unidades que estén habilitadas para ello. Así organismos como la policía judicial, a través de los funcionarios autorizados que desempeñen estas funciones, en tanto sea necesario para el ejercicio de las competencias previstas en el artículo 549.1 de la LOPJ, van a tener permisos para acceder a este sistema y realizar consultas. En la actualidad la funcionalidad existente se ha incrementado al lograr integrar el aplicativo del Registro Central de Penados, con la pretensión de agilizar los trámites y obtener una mayor rapidez y eficacia. De hecho, se puede hacer un primer registro en SIRAJ y luego transferir los datos al Registro Central de Penados sin necesidad de introducir de nuevo los datos, suponiendo un sustancial ahorro de tiempo.

2.2.1.c) La Cuenta de Depósitos y Consignaciones

Otra aplicación informática es la que regula los depósitos y consignaciones judiciales, los cuales se realizan mediante ingresos de cantidades en una «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta en la entidad de crédito que designe el Ministerio de Justicia. La norma que lo regula es el Real Decreto 467/2006²², de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores. El origen de esta norma hay que buscarlo tanto en la adopción de determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y, sobre todo, en el progreso de la tecnología y el desarrollo de la sociedad de la información, que hacían necesaria la elaboración de una nueva normativa que incorpore las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en la actividad administrativa, garantizando con ello la rapidez, eficacia y seguridad en la prestación del servicio público y, en concreto, en lo relativo a la gestión de los fondos de los depósitos y consignaciones judiciales. También es oportuno constatar que ante las dudas competenciales surgidas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2006, de 16 de febrero, resuelve a favor del Estado la titularidad de la competencia para fijar las condiciones y contratar el servicio de gestión de las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales, así como para ingresar los intereses generados en dichas cuentas.

²² La anterior normativa era el Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales, por lo que dado el tiempo transcurrido, casi veinte años, era imprescindible la modificación normativa.

En relación a esta aplicación, procede reconocer que fue implantada en la jurisdicción militar a la par que en la jurisdicción ordinaria, siendo utilizada en la práctica diaria sin problemática alguna.

2.2.1.d) El Sistema de Información del Ministerio Fiscal

El Sistema de Información del Ministerio Fiscal, en adelante SIMF, consiste en un sistema de información del Ministerio Fiscal para la gestión de los asuntos y procedimientos en los que intervienen las fiscalías, que ofrece una información precisa del estado de desarrollo de las diferentes causas. En consecuencia, es una herramienta muy valiosa para acceder a una información detallada de la delincuencia criminal y para luchar por la defensa de los derechos de las víctimas. Se encuentra regulado por el Real Decreto 93/2006, de 3 de febrero, por el que se regula el sistema de información del Ministerio Fiscal.

Por lo que respecta a la usabilidad de este sistema por los órganos de las Fiscalías Jurídico Militares, procede significar que en la actualidad no se tiene acceso a este sistema, con las limitaciones para la tramitación de los asuntos que ello conlleva.

2.2.1.e) El sistema LexNET

Como hemos ido señalando a lo largo del presente estudio, en el año 2007 se implantó en la Administración de Justicia el sistema informático de telecomunicaciones LexNET. Este sistema, reformado por el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia, tomó en consideración lo establecido en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, y en la Ley 42/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que ambas, en sus respectivos textos, contienen disposiciones que abordan aspectos relativos a las comunicaciones telemáticas y electrónicas.

En cuanto a su aplicabilidad en el ámbito de la jurisdicción militar, conviene resaltar el cambio producido ya que el Real Decreto 84/2007 establecía en su disposición adicional única, relativa al sistema informático para la presentación de escritos, traslado de copias y práctica de actos de comunicación en la jurisdicción militar, que «el Ministerio de Defensa en la medida que lo permitan los medios técnicos y presupuestarios dotará a los órganos de la jurisdicción militar de un sistema informático para la presentación de escritos y documentos, traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal». Esta previsión normativa, quedaba claramente vinculada a la existencia de medios técnicos y presupuestarios, la consecuencia fue la ausencia de implantación en la jurisdicción militar. En la actualidad se puede afirmar que la jurisdicción militar se encuentra ajena a este sistema informático para la presentación de escritos, traslado de copias y práctica de actos de comunicación, con el consiguiente retardo en la trami-

tación procesal, y la sorpresa de los abogados, procuradores y resto de operadores jurídicos que intervienen en esta Jurisdicción.

Por su parte, la disposición adicional primera del Real Decreto 1065/2015 antedicho²³, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia por el que se regula el sistema LexNET, con idéntico objeto que la anterior disposición prescribe que:

«La implantación del sistema LexNET en la jurisdicción militar y en la Fiscalía Jurídica Militar se realizará de forma conjunta por los Ministerios de Justicia y de Defensa mediante los instrumentos de colaboración que resulten más eficaces para tal fin».

Como vemos, existen no pocas diferencias en la redacción de este precepto que nos llevan a ser más optimistas en cuanto a su futura implantación. De una parte, se implica por primera vez al Ministerio de Justicia, conjuntamente con el MINISDEF —como no puede ser de otra manera— para lograr la implantación de este sistema. De otra parte, el modo para lograrlo no es otro que el ya demandado a la hora de analizar el PNJ, esto es, a través de los oportunos instrumentos de colaboración. De hecho, así se prevé en el Real Decreto 1065/2015, a la hora de referenciar los usuarios del sistema LexNET, en su anexo II, apartado 16, señala: «Otros que pudieran incluirse mediante la celebración del correspondiente convenio», lo cual es claro indicador de que se prevé y se admite la llegada sobreenvenida de usuarios futuros, mediante los oportunos convenios de colaboración.

CONCLUSIONES

I. La aparición de las TIC en la sociedad han obligado a la Administración pública a iniciar un proceso de transformación instaurando los objetivos, acciones y políticas que garanticen que las ventajas que nos proporciona la sociedad de la información y el conocimiento pueden desarrollarse con las necesarias garantías de seguridad jurídica, y respetando el reconocido principio de eficacia que debe regir las relaciones con los administrados. Para su completa consolidación es necesaria una unidad de acción política y legislativa, que como hemos visto a lo largo de este estudio existe fuera de toda duda.

II. Las nuevas técnicas o modos de entender la difusión del conocimiento y las comunicaciones han supuesto que la Administración militar no haya sido ajena a este desarrollo tanto normativo como operativo u organizacional. En este sentido, hemos constatado la aplicabilidad directa de este proceso modernizador

²³ Debe tenerse en cuenta su régimen de vigencia de este Real Decreto ya que su disposición final cuarta, relativa a *Entrada en vigor*, establece que «el presente Real Decreto entrará en vigor para los órganos y oficinas judiciales y fiscales y para los profesionales de la justicia el día 1 de enero de 2016. Para los ciudadanos que no estén representados o asistidos por profesionales de la justicia y opten por el uso de los medios electrónicos para comunicarse con la Administración de la Justicia y para aquellos que vengan obligados a ello conforme a las leyes o reglamentos entrará en vigor el 1 de enero de 2017». Por lo tanto, se prevé un régimen transitorio de adaptación al uso de estos medios electrónicos, especialmente, dos años, para los ciudadanos no asistidos por profesionales.

de las TIC a la jurisdicción militar, sin perjuicio de las especialidades propias de las normas que regulan esta jurisdicción especial. Sin embargo, se observa un dispar grado de integración real de los diferentes sistemas informáticos y aplicaciones dimanantes de la normativa referenciada.

III. De una parte observamos con evidente satisfacción la completa integración tanto de los diferentes registros judiciales (SIRAJ) como de la Cuenta de Consignaciones y Depósitos, que suponen la principal herramienta tecnológica con la que se cuenta a día de hoy. En Punto Neutro Judicial, pese a tratarse de un sistema que cuenta con numerosas funcionalidades y totalmente integrado en la jurisdicción militar, hemos constatado que su usabilidad es muy limitada, al tener vedado el usuario de la jurisdicción militar el acceso a muchas de los servicios que lo integran.

De otra parte, tanto el Sistema de Información del Ministerio Fiscal como el sistema informático de telecomunicaciones Lexnet no ha sido objeto de desarrollo alguno en la jurisdicción militar. En el caso del sistema LexNET vendría condicionado a la ausencia de medios técnicos y presupuestarios suficientes, que han supuesto una evidente cortapisa para su implantación. No obstante, la reciente reforma del sistema LexNET el año pasado, estableciendo que la implantación en la jurisdicción militar se realizará de forma conjunta por los Ministerios de Justicia y de Defensa mediante instrumentos de colaboración nos hace pensar en su previsible implantación a medio plazo.

IV. En conclusión, se constata que la jurisdicción militar va a remolque del proceso modernizador que viene implementando la Administración de Justicia, lo que conlleva una incompleta interoperabilidad de la jurisdicción militar con la Justicia ordinaria y con el resto de operadores jurídicos. Habiéndose constatado que el modo de lograr esta completa integración no es otro que la suscripción de los instrumentos de colaboración que lo hagan factible, ya que no existe limitación de índole legal, operacional o técnico, sino todo lo contrario —como se ha podido comprobar en aquellas aplicaciones que sí están totalmente integradas— que lo impida.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR BARRIENTOS, S. «El uso de nuevas tecnologías: una distante proximidad virtual». AD-MINISTER Universidad EAFIT, *Medellín*, n.º 14 (enero-junio), p. 126.

APLICACIÓN PUNTO NEUTRO JUDICIAL. En línea en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e_Justicia/Punto_neutro_judicial.

ARAGUÁS GALCERA, I. (2012). «La Administración Electrónica en España: de la administración en papel a la e-administración». Recuperado de DIALNET *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, p. 129.

CERRILLO, Agustí (2007). «Las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI». En: «E-justicia»

[monográfico en línea]. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 4. UOC. En línea en <http://www.uoc.edu/idp/4/dt/esp/cerrillo1.pdf>.

DELGADO, Ana María, y OLIVER, Rafael (2007). «Iniciativas recientes de la e-justicia en España». En: «E— justicia» [monográfico en línea]. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 4, pp. 5 y 28. UOC. En línea en http://www.uoc.edu/idp/4/dt/esp/delgado_oliver.pdf el 4 de agosto de 2016.

FERNÁNDEZ, V.–PERAL, I. «Avances en tecnologías de la información y de las comunicaciones para la seguridad y la defensa», *Monografías del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional*, n.º 88 (2006), capítulo II relativo a la implantación de ITIL para gestión TIC en centros militares.

GÓMEZ PUENTE, J. «La Administración Electrónica. Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo». Navarra (2007).

GONZÁLEZ, M.; FENTANES, R.; MURILLO, B., y VOCES, C. «Calidad y nuevas tecnologías como ejes del proceso de modernización de la Administración pública: el enfoque integrado de la Escola Galega de Administración Pública». *Gestión y análisis de políticas públicas*, n.º 7 (2012), pp. 95-96.

LA SEDE ELECTRÓNICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA. En línea en <https://sede.mjusticia.gob.es>.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA. «Plan de choque para el impulso de la Administración Electrónica en España», Madrid (2003).

PORTAL DE ACCESO A LA CUENTA DE DEPÓSITOS Y CONSIGNACIONES. Ministerio de Justicia. En línea en <https://ccd.mju.es/cdcj—web/views/section/login.xhtml>, el.

Evolución y perspectivas de las nuevas tecnologías en la Administración Pública. Especial consideración a la jurisdicción militar.

PORTAL DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. «Plan de Transformación Digital de la AGE y sus Organismos Públicos. La Estrategia de las TIC». En línea en http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/Estrategia-TIC—AGE.html#.VIXpEGBtvIc.

VIDAL, T. «Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional» (2013), p. 325.

NOTICIAS DE LA ESCUELA MILITAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS

1. *In memoriam*. Adiós a un director de la E.M.E.J.



El pasado 19 de marzo falleció el general consejero togado D. Jesús Bello Gil, quien fue director de esta Escuela desde el 25 de octubre de 2003 al 3 de noviembre de 2007.

El general Bello ingresó en el Cuerpo Jurídico del Aire en el año 1979, habiendo ocupado, entre otros, los siguientes destinos: Asesoría Jurídica del Ejército del Aire, vocal del Tribunal Militar Territorial Primero, fiscal en la Fiscalía Togada; director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, vocal togado en el Tribunal Militar Central y fiscal togado, hasta su pase a la situación administrativa de reserva en el año 2014.

Y ya en reserva, fue nombrado fiscal de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y asesor de la Subsecretaría de Defensa hasta su fallecimiento.

Descanse en paz Mi General.

2. Entrega diplomas de los cursos de especialización

El pasado día 23 de febrero de 2017, en el salón de actos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, se procedió a la entrega de los Diplomas correspon-

dientes a los Cursos de Especialización en Derecho Penal Militar, Derecho Administrativo Militar, Derecho Internacional Militar, Derecho Marítimo Militar y Derecho Aeronáutico Militar, correspondientes a los años 2015-2016.

El acto estuvo presidido por el secretario general técnico del Ministerio de Defensa don David Javier Santos Sánchez, el director general de Reclutamiento y Enseñanza Militar vicealmirante don Andrés Amable Breijo Claúr, por el asesor jurídico general general consejero togado don Juan Manuel García Labajo y por el director de la Escuela coronel auditor don Francisco Luis Pascual Sarría.

Tras un breve discurso del más antiguo de los diplomados y del director de la Escuela, se procedió a la entrega de los Diplomas a los nuevos diplomados en sus respectivas especialidades, por superar el curso o por convalidación.

Los nuevos diplomados por especialidades, y sus trabajos académicos de investigación jurídica, fueron los siguientes:

En Derecho Administrativo Militar:

- El capitán auditor don Juan José Germes García, con su trabajo sobre los «Derechos y deberes fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil: el derecho a la intimidad y dignidad personal».
- El capitán auditor don Iago Sagales Balea: con el «Arrendamiento con opción de compra».
- Y el capitán auditor don Bernardo Escudero de la Fuente, con «La protección de la información en los contratos públicos».

En Derecho Penal Militar:

- El comandante auditor don Miguel Ángel Delforno Martínez con su trabajo sobre el «Nuevo Código Penal Militar».
- La capitán auditora doña Cristina del Peso Crespos, quien realizó el TAIJ sobre «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad».
- El capitán auditor don Carlos García Ortega, quien elaboró su tesis sobre «Las faltas disciplinarias en el régimen disciplinario vigente de la Guardia Civil».
- Y la capitán auditora doña María Luisa Díez de Revenga Francos, con «La tutela penal de la disciplina».

En Derecho Internacional Militar:

- La capitán auditora doña María García Díaz-Tendero, sobre la «Seguridad y defensa en la relación Unión Europea-Sahel».
- Y el capitán auditor don José Jáudenes Piferrer con «El buque de guerra y las aeronaves militares como proyección del territorio nacional en operaciones internacionales».

En Derecho Marítimo Militar:

- El capitán auditor don Daniel Rey Moral, con su trabajo que versó sobre «El Derecho operativo en las operaciones navales».

Y, en Derecho Aeronáutico Militar:

- La capitán auditora doña Mercedes López-Sebastián López-Amor, con su trabajo sobre «La seguridad aérea: investigación técnica de accidentes aéreos».

Asimismo, obtuvieron la convalidación por su alta calidad las siguientes tesis doctorales, ambas por la especialidad de Derecho Penal Militar:

- La capitán auditora doña Gema García Martínez, con la tesis: «Fuerzas Armadas y jurisdicción militar. Restricciones del personal militar en el ejercicio de derechos fundamentales. Referencia a sus manifestaciones en el proceso penal militar».
- Y, la teniente auditora doña Marina de Luengo Zardoso, con su tesis sobre «La protección del domicilio y los registros domiciliarios. Referencia al ámbito castrense».

Para finalizar el acto tomaron la palabra el secretario general técnico y el director general de Reclutamiento y Enseñanza Militar y director de la Academia, dando por clausurado el curso.

3. Actividad de la Escuela en el periodo de formación técnica

3.1. Docencia

Cumpliendo con el Plan de Estudios aprobado por la Orden DEF/1682/2015, de 29 de julio, por la que se aprueban los currículos de la enseñanza de formación de oficiales para la integración o adscripción en la escala de oficiales del Cuerpo Jurídico Militar mediante la forma de ingreso con titulación previa. El curso ha contado con las siguientes materias y profesores:

ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS: teniente coronel auditor don Luis Javier Martínez Monedero. Comandante doña María del Valle López Alfranca. Teniente coronel auditor don Gonzalo Molinuevo López de Ceballos.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS INMUEBLES: teniente coronel auditor don Fernando B. del Val Esteban.

CONTRATACIÓN I y II: comandante auditora doña Amalia Martínez Amate. Comandante auditor don Carlos Rodríguez-Villasante González.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR Y DE LA GUARDIA CIVIL: teniente coronel auditor don José María López de Celis. Teniente coronel auditor don Miguel Ángel Recio Jaraba. Capitán auditora doña Farah Mustafa Mohamed.

RÉGIMEN DEL PERSONAL MILITAR Y DE LA GUARDIA CIVIL: comandante auditor don José Luis Alonso Barahona. Comandante auditora doña María Dolores Arocas Nogales. Teniente auditor don Antonio Pérez Férrez (48432577M).

RÉGIMEN DE PERSONAL CIVIL: teniente coronel auditor don Laureano Tomás Zafrilla.

DERECHO PENAL MILITAR I Y II: coronel auditor don Ángel Turienzo Veiga. Comandante auditora doña Ana Belén Anguix Rubio.

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR: teniente coronel auditor don Álvaro Conradi Monner.

DERECHO PROCESAL MILITAR I Y II: comandante auditor don Álvaro Faustino Lafita Togores. Capitán auditora doña María Contín Trillo-Figueroa.

RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD Y DEFENSA I y II: comandante auditor don Mario Lanz Raggio. Teniente coronel auditora doña María Eugenia Ruiz Hernández.

DERECHO MILITAR OPERATIVO: comandante auditor don Fernando de Valenzuela Cossío. Teniente auditora doña Marina de Luengo Zarzoso.

DERECHO ADMINISTRATIVO MARÍTIMO Y AERONÁUTICO Y DERECHO INTERNACIONAL MARÍTIMO Y AERONÁUTICO: capitán auditora doña Mercedes López-Sebastián López-Amor. Capitán auditora doña Paloma Prieto Fernández. Capitán auditor don José Jáudenes Piferrer.

3.2. Visitas y prácticas de los alféreces alumnos

Los alféreces alumnos del Cuerpo Jurídico han realizado durante el periodo de formación técnica específica las siguientes visitas:

- Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa, siendo recibidos por el asesor jurídico general, general consejero togado don Juan Manuel García Labajo, y recibiendo conferencias sobre el funcionamiento del órgano asesor por el general auditor don Antonio Lozano Ramírez y por el personal de la Asesoría.
- Tribunal Militar Central, siendo recibidos por el auditor presidente, general consejero togado don Rafael Matamoros Martínez, y recibiendo conferencias de los generales auditores don Carlos Melón Muñoz y don Alfredo Fernández Benito, sobre la jurisdicción militar, competencia y organización.
- Fiscalía General del Estado. Visitaron la sede de la Fiscalía General del Estado, donde se les impartieron conferencias por don José Luis Bueren Roncero, fiscal jefe de la Unidad de Apoyo al Fiscal General, y por don Germán Gutiérrez Vicen, fiscal adjunto del personal de la Unidad de Apoyo sobre la Fiscalía; y por el fiscal togado, general consejero togado don Fernando Marín Castán, y por el comandante auditor don Adolfo Luque Regueiro, sobre la Fiscalía Jurídico-Militar. El fiscal general don José Manuel Maza Martín recibió a los alumnos y señaló la importancia de que los alumnos del Cuerpo Jurídico Militar mantengan contacto con la Fiscalía General donde siempre serán bien recibidos.
- Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil, donde tras ser recibidos por el teniente coronel 2.º jefe, por ausencia del asesor, don José María López de Celis, se les explicó la organización y funcionamiento de la Asesoría. Participaron en una videoconferencia con los asesores

- de las Zonas y visitaron el Museo y la Sala de Operaciones del Benemérito Instituto.
- Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército. Recibidos por el asesor jurídico, general auditor don Fernando García-Mercadal y García-Loygorri, conocieron el funcionamiento de manos del coronel 2.º jefe don José Luis García Castell y visitaron el Palacio de Buenavista.
 - Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada. Recibidos por el asesor general auditor don José Manuel Armada Vadillo, recibieron conferencias sobre el funcionamiento del asesoramiento en la Armada por oficiales auditores y visitaron el Museo Naval.
 - Asesoría Jurídica del Cuartel General del Aire. Recibidos por el asesor general auditor don Ricardo Cuesta del Castillo, recibieron conferencias sobre el funcionamiento del asesoramiento en el Ejército del Aire por el teniente coronel auditor don Manuel María Colás y Gómez de Barreda y por dos oficiales de la Asesoría.
 - Regimiento de la Guardia Real. La visita, organizada por el asesor de la Guardia, comandante auditor don Alfonso Cassasola Gómez-Aguado, se impartió una conferencia por el comandante don Francisco Javier Rodríguez Crespo, encargado de actos institucionales, sobre los cometidos de la Guardia Real, para posteriormente visitar el Museo, las cuadras y la Sala de Coraceros.
 - Tribunal Supremo. Los alumnos visitaron el Tribunal Supremo y el museo, siendo recibidos por el presidente de la Sala Quinta don Ángel Calderón Cerezo y por los magistrados de dicha Sala.
 - Establecimiento Penitenciario Militar de Alcalá de Henares. Los alféreces alumnos fueron recibidos por el director coronel don Ángel Yagüe Antolín, y acompañados del asesor de la prisión, capitán auditor don Álvaro Luis López García, asistieron a una Junta de Tratamiento.
 - Consejo de Estado. De la mano del letrado mayor don Leandro Martínez-Cardós Ruiz, los alféreces alumnos visitaron la Institución, siendo recibidos por su secretaria general doña Guadalupe Hernández-Gil y Álvarez-Cienfuegos.

3.3. Entrega de Diplomas de Alférez y Mérito Militar

El pasado día 16 de enero de 2017 en la Academia Central de la Defensa y bajo la presidencia del nuevo subsecretario de Defensa don Arturo Román Sancho, se procedió a la entrega de los Diplomas a los Alféreces y Sargentos Alumnos de los Cuerpos Comunes.

Igualmente, se procedió a la entrega del Distintivo de Mérito al número 1 de cada Cuerpo, correspondiéndole al alférez alumno del CJM don Antonio Vilegas García, como más antiguo de la promoción, tras su paso por las Academias de las Armas.

En el mes de mayo se entregó el Distintivo de Mérito al alférez alumno don Alfonso López-Casamayor Justicia, número 1 de la promoción del Cuerpo Jurídico Militar por oposición.

4. Cursos de perfeccionamiento realizados

4.1. Del 22 de mayo al 2 de junio, se realizó en la Escuela un nuevo curso de «**Gestión e instrucción de expedientes administrativos de la Guardia Civil para instructores**», convocado por la Jefatura de Enseñanza de la Guardia Civil, presentando importantes novedades respecto de los anteriores con una duración de cincuenta horas, una novedosa fase a distancia, previa a la fase de presente, con la realización de una prueba de aptitud inicial, en la que se selecciona a los aspirantes que van a continuar en el curso, y de una prueba final, para, en caso de superar el curso, proceder a la anotación del mismo en el expediente académico de cada interesado, publicándose la declaración de aptitud en el *Boletín Oficial de la Guardia Civil*. Los cursos están coordinados por la Asesoría Jurídica de la Guardia Civil y se verifican en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Las diferentes materias han sido impartidas por oficiales auditores del Cuerpo Jurídico Militar, destinados en la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil, así como en las Asesorías de las diversas zonas, trabajo que realizan sin perjuicio de sus destinos.

El curso fue clausurado, entregando Diplomas de aptitud a los oficiales que superaron la prueba final, por el director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

4.2. Del 12 al 23 de junio se realizó el «**Curso de Derecho Militar Operativo**» para oficiales del Cuerpo Jurídico Militar. El objetivo del curso es profundizar en los aspectos legales de las operaciones militares tanto en la normativa nacional como internacional, aplicable a la conducción de las operaciones terrestres, marítimas y aéreas, así como en los desarrollos normativos aplicables a los nuevos tipos de operaciones militares en el exterior. Se pretende, así, consolidar, en el ámbito de los estudios jurídicos de las Fuerzas Armadas españolas, una nueva perspectiva disciplinar del Derecho aplicable a las operaciones militares en el exterior, dirigido a las funciones de asesoramiento jurídico. La presentación del curso estuvo a cargo del general consejero togado don José Luis Poyato Ariza, con la conferencia «El asesoramiento jurídico en operaciones». Los alumnos recibieron a lo largo de dos semanas conferencias impartidas por oficiales del Cuerpo Jurídico Militar y por oficiales de los Mandos de Operaciones de los Ejércitos y del EMAD, participando en un ejercicio BTS *Battle Staff Training*, en el acuartelamiento «Teniente Muñoz Castellanos».

REDACCIÓN.



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE DEFENSA

SECRETARÍA
GENERAL
TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL