



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

13

Julio-diciembre 2022

SUMARIO

La responsabilidad civil en el proceso penal. Sistema Español e intervención del Ministerio Fiscal

Jesús Núñez Celma, comandante auditor.

La potestad sancionadora de la Administración en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional y su reglamento

Isabel María Puigdengolas Rosas, comandante auditor.

La recurribilidad de las comunicaciones de los resultados positivos arrojados por las analíticas de orina realizadas a los miembros de las Fuerzas Armadas

Ana Sancho Blanco, capitán auditor.

La orden europea de detención y entrega: aspectos generales y aplicación en la jurisdicción militar

Alfonso López-Casamayor Justicia, capitán auditor.



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

13

Julio-diciembre 2022

SUMARIO

La responsabilidad civil en el proceso penal. Sistema Español e intervención del
Ministerio Fiscal

Jesús Núñez Celma, comandante auditor.

La potestad sancionadora de la Administración en la Ley 8/1975, de 12 de marzo,
de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional y su reglamento

Isabel María Puigdemolas Rosas, comandante auditor.

La recurribilidad de las comunicaciones de los resultados positivos arrojados
por las analíticas de orina realizadas a los miembros de las Fuerzas Armadas

Ana Sancho Blanco, capitán auditor.

La orden europea de detención y entrega: aspectos generales y aplicación en la
jurisdicción militar

Alfonso López-Casamayor Justicia, capitán auditor.



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Manuel María Colás Gómez de Barreda, coronel auditor

CONSEJO DE REDACCIÓN

Alejandro Javier Fernández Ferrer, comandante auditor
Verónica José Sánchez Sánchez

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos
Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)
Teléfono: 91 3647393
Fax: 91 3647399
Correo-e: emej@oc.mde.es



Catálogo de Publicaciones de Defensa

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



Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2023

NIPO 083-12-289-5 (impresión bajo demanda)

Fecha de edición: octubre de 2023

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

NIPO 083-15-280-8 (edición en línea)

ISSN 2444-6807 (edición en línea)

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

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

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

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

Sumario

1. La responsabilidad civil en el proceso penal. sistema español e intervención del ministerio fiscal.....	5
<i>Jesús Núñez Celma Comandante auditor</i>	
2. Potestad sancionadora de la administración en la ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional y su reglamento	19
<i>Isabel María Puigdengolas Rosas Comandante auditor</i>	
3. La recurribilidad de las comunicaciones de los resultados positivos arrojados por las analíticas de orina realizadas a los miembros de las fuerzas armadas	29
<i>Ana Sancho Blanco Capitán auditor</i>	
4. La orden europea de detención y entrega: aspectos generales y aplicación en la jurisdicción militar	43
<i>Alfonso López-Casamayor Justicia Capitán auditor</i>	

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROCESO PENAL. SISTEMA ESPAÑOL E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

*Jesús Núñez Celma
Comandante auditor*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Posibles sistemas de determinación de la responsabilidad civil derivada del delito y configuración del sistema español. 3. Ventajas e inconvenientes del sistema español. 4. El «principio de oportunidad» en el proceso penal. Posición del Ministerio Fiscal. 5. La pretensión civil en el proceso penal y la intervención del Ministerio Fiscal. 6. Examen de la cuestión en relación con las Diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal. 7. Conclusiones.

RESUMEN: la determinación de la responsabilidad civil derivada de un hecho constitutivo de delito es una de las cuestiones a las que frecuentemente se enfrentan los órganos de la jurisdicción penal y a la que, sin embargo, se presta en general poca atención por parte de la doctrina penal. La finalidad del presente trabajo es examinar las líneas generales de esta cuestión en el ámbito de nuestro proceso penal, con sus ventajas e inconvenientes y con especial atención a la intervención del Ministerio Fiscal en el mismo.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema penal, a tenor de lo previsto en el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, la sentencia penal deberá incluir, cuando así se solicite, un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito, salvo que la víctima se haya reservado la acción civil para ejercitarla en un procedimiento civil posterior o haya renunciado a la misma.

Se trata, como admite de forma unánime la doctrina, de una responsabilidad de naturaleza civil. No existe, como señala, entre otros, Yzquierdo Tolsada (2014)¹,

¹ Yzquierdo Tolsada, M. (2014). *La responsabilidad civil en el proceso penal*. Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil. BIB 2014\3. Editorial Aranzadi, SA, p. 3.

eso que se llaman «responsabilidad civil derivada del delito»: la responsabilidad civil deriva solo del daño y el hecho de que la acción que lo generó sea además constitutiva de infracción penal en nada modifica la naturaleza de la obligación.

Así lo entiende nuestro TS, que ya en Sentencia de 18 octubre 1988 (Sala de lo Civil. Ponente: Cecilio Serena Velloso), señalaba lo siguiente:

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

En este sentido, dispone el artículo 112 LECrim lo siguiente:

«Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.

Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal».

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

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

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

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

2. POSIBLES SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO Y CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL

Siguiendo a Busto Lago (2004)², podemos distinguir tres sistemas de determinación de la responsabilidad civil que surge como consecuencia del daño causado por la comisión de un ilícito penal:

Sistema que impone necesariamente el ejercicio de ambas acciones, civil y penal, ante los Tribunales del orden penal.

Un ejemplo de este sistema lo encontramos en el Código del Proceso Penal Portugués³, que establece la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito en el proceso penal, sin admitir la reserva de la acción civil para su ejercicio ante la jurisdicción civil, salvo en los casos previstos por la ley.

Sistema de estricta separación en el ejercicio de la acción civil y la acción penal.

Propio de los países del *common law*, en los que corresponde a la jurisdicción penal la competencia para conocer del ejercicio de la acción penal, en tanto que la responsabilidad civil derivada del delito se residencia en el proceso civil, mediante la ejecución de acciones propias del Derecho privado.

Es más, en este sistema debe tenerse en cuenta la existencia de instituciones como la denominada *compensation order*, propia del Derecho inglés, en virtud de la reparación del daño, se configura, ya no, como un medio de compensar el daño causado por el delito, sino como un tipo de pena, que además se cuantificará en atención a los recursos económicos del culpable.

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

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

Como veíamos anteriormente, es el sistema elegido por el legislador español, que ha sido también la opción de otros sistemas penales de nuestro entorno, como el francés o el italiano.

² Busto Lago, J. M. (2004). El responsable civil en el proceso penal en la perspectiva de la reforma de la Justicia Penal: modelos comparados y problemas del vigente sistema de acumulación potestativa. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. N.º 17/2004. Editorial Aranzadi, S.A.U.

³ Código do Proceso Penal, aprobado por Decreto-Ley número 78/1987, de 17 de febrero. Última modificación llevada a cabo por Ley 79/2021, de 24 de noviembre. Título VI: Das partes civis; Artigo 71: «La reclamación de indemnización civil basada en la comisión de un delito se presenta en el proceso penal respectivo, y solo puede presentarse por separado ante un tribunal civil, en los casos previstos por la ley y establecidos en ese Código».

El origen de la introducción de este sistema en nuestro ordenamiento jurídico se debe al carácter tardío e irregular del proceso codificador en nuestro país, cuya Constitución de 1812 estableció en su artículo 258 que: «el Código civil, el criminal y el de comercio debían ser los mismos para toda la monarquía». Veinte años después se promulgaba el primer CP de la monarquía. Sin embargo, la codificación de la legislación civil sería más compleja, por diversas cuestiones como las derivadas del Derecho foral, por lo que el legislador optó por introducir entre los preceptos del CP de 1822 las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, para que la reparación de los daños derivados de un hecho delictivo no quedase sin cobertura legal.⁴

Como apuntamos antes, nuestro sistema de determinación de la responsabilidad se acoge al «principio de rogación», de tal manera que la pretensión civil debe ser ejercitada expresamente en el proceso penal, bien por el actor civil, bien por el Ministerio Fiscal.

Como reiteradamente viene señalando la Sala de lo Penal del TS (Sentencia 749/2017, de 21 de noviembre. Recurso de casación 1841/2016. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, o Sentencia 668/2018, de 19 de diciembre, «caso Prestige». Recurso de casación 606/2018. Ponente: Andrés Martínez Arrieta): «La condena por responsabilidades civiles, ajena a la presunción de inocencia y al principio acusatorio, viene condicionada sin embargo por el principio de rogación, que impide conceder más de lo solicitado por las partes».

3. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL SISTEMA ESPAÑOL

Las ventajas que ofrece nuestro sistema de determinación de la responsabilidad civil derivada de delito mediante el ejercicio de la acción civil en el seno del proceso penal han sido expuestas por buena parte de nuestra doctrina (Gómez Orbaneja y Vázquez Sotelo), siguiendo lo manifestado ya en 1995 por De Ángel Yagüez en su obra *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, pero también por autores provenientes del sistema del *common law*, como es el caso de Jolowicz.⁵

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

⁴ Arnáiz Serrano, A. (2004). *La acción civil en el proceso penal: Elementos subjetivos*. [Tesis doctoral]. Madrid. Universidad Carlos III. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho.

⁵ Busto Lago, J. M. *Op. cit.*

Son igualmente numerosos los autores que, como Gimeno Sendra, en su artículo *La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, publicado en el número 5619 de la revista *La Ley*, de 25 de septiembre de 2002 recalcan los inconvenientes que se derivan de la acumulación de la acción civil al proceso penal.

Precisamente, este autor afirma que:

«Debiera reflexionarse sobre las ventajas e inconvenientes de la acumulación de la acción civil al proceso penal. Aunque es cierto que nuestro sistema (francés) es más económico, tampoco lo es menos que contribuye, mediante el planteamiento de querellas chantajistas que solo persiguen el pago del deudor, a una innecesaria sobrecarga de trabajo en los juzgados de instrucción. Por otra parte, la aparición de delitos-masa, como defraudaciones a consumidores (caso de la *colza*) o estragos (hundimiento de la presa de *Tous*) obliga a los particulares a dirigir, en ocasiones, infundadamente la acción penal contra un funcionario con la, en muchas ocasiones, vana esperanza de obtener la responsabilidad civil subsidiaria del Estado»⁶.

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

4. EL «PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD» EN EL PROCESO PENAL. POSICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Como consecuencia de estas críticas surge en la mayoría de nuestra doctrina penal y procesalista la discusión acerca de la necesidad de acoger en el proceso penal el «*principio de oportunidad*», *al objeto de corregir algunas de sus deficiencias*.

Una de las definiciones más completas de este principio es la formulada por De la Oliva (2007) en su *Manual de Derecho Procesal Penal*:

«El principio de oportunidad es aquél en cuya virtud el deber estatal de imponer penas no habría de ser cumplido (o el denominado *ius puniendi* satisfecho), siempre según los criterios legales, en todo caso en que concudiesen sus presupuestos (esto es, ante toda conducta calificada de

⁶ Gimeno Sendra, V. (2002). *La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España*. *La Ley*. N.º 5619.

delictiva y punible), sino que estaría condicionado al poder atribuido al Ministerio Fiscal (u órgano oficial similar) para disponer, bajo condiciones precisamente especificadas en la ley (la llamada “oportunidad reglada”) o con amplio arbitrio, del ejercicio y del modo de ejercicio de la acción penal, independientemente de que se hubiese conocido la existencia de un hecho de apariencia punible y de que apareciesen unos presuntos autores del mismo».

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

Es cierto que en los ordenamientos penales juveniles, este principio de oportunidad ha sido incorporado sin objeciones, como sucede con la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, si bien no es menos cierto que, como pone de manifiesto García Ingelmo (2017)⁷, el fundamento del ejercicio del principio de oportunidad por parte del Ministerio Fiscal está ligado, en parte, al interés público que ha de defender el fiscal (artículos 124.2 CE y 2 EOMF), que, en este caso, no coincide con el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino con otro interés público preferente, como criterio de actuación es el interés del menor.

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

Fuera de ese ámbito de la responsabilidad penal del menor encontramos el supuesto contemplado en la regulación del procedimiento para el juicio sobre delitos leves, contenido en el Libro IV (artículo 92 y siguientes) de la LECrim, si bien, como recuerda la Circular 1/2015 de la FGE sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, se trata, en este caso, de un principio de oportunidad tasada o reglada, en el que el fiscal no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe ceñirse a los supuestos establecidos en la ley, en la medida en que la efectividad del archivo no va a quedar condicionada al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta durante un periodo de tiempo determinado, sino que operará de forma inmediata.⁸

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

⁷ García Ingelmo, F. M. (2017). Ejercicio del principio de oportunidad en la Jurisdicción de Menores. Supuestos Legales. Cuestiones prácticas y directrices de la FGE. En: *Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas*. Madrid.

⁸ García Ingelmo, F. M. *Op. cit.*

5. LA PRETENSIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL Y LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

5.1. Legitimación activa

Dada la limitada extensión del presente estudio, nos centraremos en este epígrafe en hacer una breve referencia a los sujetos legitimados para exigir la responsabilidad civil en el proceso penal, poniendo especial atención en el papel atribuido al Ministerio Fiscal.

En principio, la legitimación para el ejercicio de la acción civil *ex delicto* corresponderá a aquellos que hayan sufrido los perjuicios del hecho delictivo objeto de enjuiciamiento en el proceso penal.

Así, dispone el apartado 2 del Artículo 109 CP que: «El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil».

Como vemos, es escasísima la atención que nuestro CP presta a la regulación de la legitimación activa para el ejercicio de la acción civil *ex delicto*, frente a las disposiciones que dedica a la regulación de la legitimación pasiva.

De hecho, una de las peculiaridades de nuestro sistema procesal penal consiste en que el Ministerio Fiscal, parte pública no perjudicada, ni directa, ni indirectamente, por los hechos constitutivos del ilícito penal, no solo interviene en esta materia en el proceso, sino que se le confiere la titularidad de la acción civil *ex delicto*, salvo en los supuestos de reserva o renuncia expresa a dicha acción por parte del perjudicado.

En este sentido, dispone el artículo 108 LECrim.

«La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables».

Moreno CATERA ha llegado por ello a denominar al Ministerio Fiscal como «actor civil público» en cuanto parte necesaria y pública del proceso penal que ejerce, en los términos expuestos, una acción de naturaleza civil destinada a la reparación integral del daño causado al perjudicado⁹.

Cuestión distinta a la ahora examinada es la posible intervención del abogado del Estado en el proceso penal en ejercicio de la acción civil *ex delicto*, junto con la acción penal, en los casos en que el delito se hubiera cometido contra la Administración del Estado o cuando se trate de un proceso penal por delito común en el que el Estado aparezca como perjudicado, todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en relación con el artículo 31

⁹ Citado por Arnáiz Serrano, A. Op. cit. p. 160, por remisión a “El proceso penal”, vol. 1, Valencia, 2000.

y siguientes del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

Ejercicio de la acción civil por el Ministerio Fiscal

La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal ejercitando la acción civil *ex delicto*, estando además obligado a ejecutarla juntamente con la acción penal, salvo en los casos de reserva o renuncia expresa del perjudicado, aparece en nuestro ordenamiento jurídico en el ya citado artículo 108 LECrim. de 1882, con fines de economía procesal, a los efectos de resolver en un solo proceso todas las consecuencias derivadas del ilícito penal, aun en los casos de inacción del perjudicado, gracias a la actuación del Ministerio Público.

Posteriormente, a pesar de las críticas de parte de la doctrina, especialmente civilista, al sistema adoptado por nuestra LECrim., en nuestros días se valora de forma positiva, precisamente, por la protección integral que dispensa a la víctima del delito.

El Ministerio Fiscal, como hemos visto, estará legitimado para el ejercicio de la acción civil cuando el perjudicado no haya renunciado o hecho reserva expresamente de dicha acción, de tal modo que podrán plantearse dos supuestos: (a) que el Ministerio Fiscal sea el único actor civil personado en el proceso, o (b) que el Ministerio Fiscal y el perjudicado ejerzan la acción civil en el proceso en un sentido distinto.

5.2.1. Ministerio Fiscal como único actor civil

En este primer supuesto, el Ministerio Fiscal, a los efectos de determinar el alcance de la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo y exigir la reparación integral del daño causado al perjudicado, contará tan solo con las actuaciones practicadas durante la instrucción del proceso, de modo que, como han señalado autores como Ramos Méndez o Vázquez Sotelo¹⁰, en ausencia de una adecuada comunicación con las víctimas del delito, el ejercicio de la acción penal puede conducir a una inadecuada o insuficiente reparación del perjuicio sufrido por estas, si bien es cierto que, como señala otra parte de la doctrina (Varela Castro, 1993), no debemos olvidar que en estos casos el propio perjudicado es quien decide dejar en manos del Ministerio Público el ejercicio de la acción, quien decide no participar en el proceso en defensa de sus intereses.

Subijana Zunzunegui (1999) y Ramos Méndez (1994), entre otros, han propuesto, como solución, para un adecuado ejercicio de la acción civil por el Ministerio Fiscal que conduzca a una efectiva reparación integral del daño sufrido por la víctima, articular algún sistema que permita un mayor acercamiento y contacto de dicho Ministerio Público con las víctimas, a través de entrevistas, informes, documentos, etc. De manera que la intervención de aquel no se limite a un mero examen de la documentación obrante a tal efecto en las actuaciones.

¹⁰ Citado por Arnáiz Serrano, Op. cit., pp. 198-201, por remisión a la obra de Ramos Méndez, "La tutela de la víctima en el proceso penal en el proceso penal", Justicia, 1995, y a la obra de Vázquez Sotelo, "El ejercicio de la acción civil en el proceso penal", CDJ, XVIII, 1994.

5.2.2. *Concurrencia de Ministerio Fiscal y perjudicado en el ejercicio de la acción civil*

Se produce, en este caso, una duplicidad en el ejercicio de la acción civil *ex delicto* que no parece adecuarse a la finalidad de economía procesal que persigue nuestro sistema al permitir el ejercicio de acción penal y civil en el proceso.

De ahí que se haya llegado a plantear incluso que sería conveniente, en estos supuestos, que el Ministerio Fiscal no se viera legalmente obligado al ejercicio de la acción civil, dejando que sea el perjudicado el que promueva la satisfacción de sus propios intereses.

A nuestro entender, no parece ser esta la línea que demanda una adecuada e integral reparación del daño patrimonial y/o moral causado al perjudicado y, por tanto, la protección integral de la víctima del delito.

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

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

Posteriormente, en Circular n.º 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, la FGE reitera esa preocupación expuesta en la Instrucción 1/1992 y añade:

«Más recientemente, mediante las Instrucciones n.º 8/2005, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el Proceso Penal, n.º 2/2008 sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción, y n.º 1/2010 relativa a las funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales, la Fiscalía General del Estado ha vuelto a manifestar su preocupación por el riguroso cumplimiento por parte de los Sres. Fiscales de las funciones que tienen legalmente asignadas en aras de la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por el delito».

Agrega lo siguiente:

«Además, como se indica en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado n.º 1/2010, en fase de ejecución de sentencias, los Sres. Fiscales deberán velar por la satisfacción completa de la responsabilidad civil en los términos dispuestos en el fallo de las mismas, debiendo oponerse al archivo de las ejecutorias mientras no quede acreditado el pago de las indemnizaciones derivadas del delito o la verdadera situación de insolvencia del condenado [...]»

A lo largo de la mencionada circular se pone de manifiesto la importancia de la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia, como garante de la protección

de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por el delito, no solo en fase de instrucción, promoviendo la investigación exhaustiva de los bienes del inculpa-do, sino también al:

«[...] concretar en los escritos de calificación provisional o de acusación la suma a la que alcanza el contenido de la responsabilidad civil que es objeto de reclamación o los criterios en base a los que se ha de determinar su cuantía, identificando a la persona o personas a las que se atribuye dicha responsabilidad, así como la sucinta descripción del hecho en virtud del cual la hubieren contraído».

O incluso en fase de ejecución de sentencias, ya que «deberán velar por la satisfacción completa de la responsabilidad civil en los términos dispuestos en el fallo de las mismas».

6. EXAMEN DE LA CUESTIÓN EN RELACIÓN CON LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN PRACTICADAS POR EL MINISTERIO FISCAL

Finalmente, de manera sucinta, haremos referencia a la importante labor de investigación que puede llevar a cabo el Ministerio Fiscal en esta materia a través de las diligencias de investigación y a la que, asimismo, alude la más arriba mencionada Circular n.º 4/2010 FGE, concretamente, en su apartado 6, en relación con la persecución de determinados delitos, como los de tráfico ilegal de drogas, sin perjuicio de lo establecido en la Circular n.º 4/2013 FGE sobre las Diligencias de Investigación.

Destaca la circular de 2010, entre otras posibles actuaciones, la:

«[...] emisión de mandamientos, dirigidos a entidades bancarias, entidades u organismos (Confederación Española de Cajas de Ahorro, Asociación Española de la Banca, Tesorería General de la Seguridad Social, Registros Mercantiles, Registro de automóviles de la Dirección General de Tráfico...), requiriendo información patrimonial, respecto de las que no existe duda sobre la posibilidad de que el Fiscal pueda llevarlas a efecto a los fines de la determinación del objeto de la investigación»

Recuerda, además, que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, habilita expresamente al fiscal para recabar de la Administración tributaria los datos, informes o antecedentes necesarios para el desempeño de sus funciones en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada.

También puede acordar el Fiscal la práctica de los informes periciales que sean precisos, los cuales son un instrumento fundamental en la investigación patrimonial, así como reconocimientos fotográficos e inspecciones oculares, la autorización de entregas vigiladas o de la técnica del agente encubierto, en los casos y con las formalidades previstas en el artículo 282 bis LECrim.

7. CONCLUSIONES

Nuestro sistema de determinación de la responsabilidad civil *ex delicto* en el proceso penal, mediante la acción conjunta de las acciones penal y civil, se encuadra dentro de los que permiten esa exigencia de responsabilidad civil dentro del proceso penal, si bien contempla también los supuestos de renuncia expresa al ejercicio de la acción civil o reserva del ejercicio de la misma en el orden jurisdiccional civil, diferenciándose también, claramente, de aquellos en los que se produce una estricta separación entre acción penal y acción civil, residenciándose, esta última necesariamente, en el ámbito procesal civil, llegando incluso a contemplar la reparación de la responsabilidad civil como una suerte de pena alternativa a la señalada al delito.

En consecuencia, tanto desde el punto de vista del ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Fiscal, como desde la perspectiva del órgano judicial que debe determinar y exigir el resarcimiento de los perjuicios derivados del ilícito penal, debe tratar de evitarse el enfoque de dicho ejercicio en función de la mayor o menor gravedad de la pena solicitada o impuesta al procesado, de manera que ni se determine a la baja, ante una posible imposición de una pena grave o muy grave, ni, por el contrario, se determine al alza ante una posible pena menos leve para el acusado. El ejercicio de la acción civil y la determinación de la responsabilidad civil *ex delicto* deben buscar tan solo la total reparación del daño sufrido por el perjudicado.

Partiendo de lo anterior, cuestión distinta será la consideración acerca de si nuestro sistema ofrece más o menos ventajas que otros del entorno en la resolución de los problemas que plantea la determinación y exigencia de reparación de la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo.

Se suele destacar como ventaja de nuestro sistema la mayor protección que supone para el perjudicado desde el momento que le evita el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», lo que implica un menor coste temporal y económico en el ejercicio de sus pretensiones, contando incluso con la posibilidad de que, aun no personándose en el proceso, sea el Ministerio Fiscal quien, como hemos visto, ejercite la acción civil.

En contra de nuestro sistema se alude a las denominadas «querellas chantajistas», o al hecho de que, en determinadas ocasiones (conformidad v.gr.) el juez penal deba pronunciarse exclusivamente sobre una cuestión de naturaleza puramente civil, si bien en conjunto cabría afirmar que nuestro sistema ofrece más ventajas que inconvenientes, especialmente desde la perspectiva de la protección de las víctimas, lo que no quiere decir que no sea aconsejable una mejora del mismo en ciertos aspectos.

De ahí la referencia al «principio de oportunidad», cuya aplicación en materia de responsabilidad civil *ex delicto* podría ser objeto de estudio para determinados casos tasados (por ejemplo, en caso de conformidad penal), siempre y cuando no diera lugar a una merma en las garantías de resarcimiento de perjudicados y víctimas.

Además de lo expuesto, una de las peculiaridades de nuestro sistema y una de sus principales ventajas desde el punto de vista de la protección del perjudicado y de las víctimas, consiste en que al Ministerio Fiscal se le confiere la titularidad de la acción civil *ex delicto*, salvo en los supuestos de reserva o renuncia expresa a dicha acción por parte del perjudicado, atribución especialmente relevante en aquellos supuestos en que dicha acción no sea sostenida por el perjudicado, momento en que el Ministerio Público se constituye en la única garantía de la reparación integral del daño sufrido por este. En estos casos sí sería interesante articular mecanismos que faciliten una mayor comunicación con las víctimas, precisamente para conseguir que la defensa de estas, desde el punto de vista de la reparación del daño derivado del hecho delictivo, no se convierta en una tarea burocrática centrada exclusivamente en el examen de la documentación incorporada a las actuaciones.

Mayores dudas plantea la conveniencia y utilidad del ejercicio concurrente de la acción civil por parte del perjudicado y del Ministerio Fiscal, si bien no debe olvidarse la importante tarea que este último desempeña, no solo en lo relativo al ejercicio de dicha acción, sino incluso con carácter extraprocesal en los casos de tramitación de diligencias de investigación, pero también durante la fase de sumario, en relación con el aseguramiento de dicha responsabilidad civil e incluso posteriormente en fase de ejecución de la sentencia finalizadora del correspondiente proceso penal.

Así resulta del examen de la Circular n.º 4/2010, de 30 de diciembre, de la FGE sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, que proclama su preocupación por el riguroso cumplimiento, por parte de los fiscales, de las funciones que tienen legalmente asignadas en aras de la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por el delito, preocupación que ya había sido puesta de manifiesto en la Instrucción n.º 1/1992, de 15 de enero, sobre Tramitación de las piezas de responsabilidad civil.

ABREVIATURAS

CP	Código Penal.
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
FGE	Fiscalía General del Estado.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.
TS	Tribunal Supremo.

BIBLIOGRAFÍA

- Arnáiz Serrano, A. (2004). *La acción civil en el proceso penal: Elementos subjetivos*. [Tesis doctoral]. Madrid, Universidad Carlos III. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho.
- Busto Lago, J. M. (2004). El responsable civil en el proceso penal en la perspectiva de la reforma de la Justicia Penal: modelos comparados y problemas del vigente sistema de acumulación potestativa. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. N.º 17/2004. Editorial Aranzadi, S.A.U.
- García Ingelmo, F. M. (2017). Ejercicio del principio de oportunidad en la Jurisdicción de Menores. Supuestos Legales. Cuestiones prácticas y directrices de la FGE. En: *Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas*. Madrid.
- Gimeno Sendra, V. (2002). La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España. *La Ley*. N.º 5619.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2014). *La responsabilidad civil en el proceso penal*. Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil. BIB 2014/3 Editorial Aranzadi, SA, p. 3.

2. POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA LEY 8/1975, DE 12 DE MARZO, DE ZONAS E INSTALACIONES DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL Y SU REGLAMENTO

*Isabel María Puigdemolas Rosas
Comandante auditor*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La potestad sancionadora de la Administración. 3. Conclusiones.

RESUMEN: en el presente trabajo sucinto de investigación se trata de incardinar la potestad genérica sancionadora de la Administración en el ámbito concreto de infracción de lo dispuesto en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional y su reglamento.

1. INTRODUCCIÓN

La potestad disciplinaria de la Administración tiene distintos aspectos y campos de actuación en función de la materia en la que se ejercite, la cual puede venir determinada, bien por una relación especial de sujeción, como puede ser la relación funcional, o bien por una relación general, derivada de la condición de interesado en un determinado procedimiento administrativo. Esta última es la que va a ser objeto de tratamiento en este trabajo sucinto de investigación, ya que se va a abordar el ejercicio de esa potestad sancionadora contra el interesado-infractor de lo dispuesto en la legislación aplicable.

Esta legislación aplicable a la que se hace referencia es la establecida en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional y su reglamento aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero. Esta normativa, antigua y obsoleta, para algunos, tiene gran impacto en la realidad de las cosas, ya que bien por la existencia de zonas de interés para la defensa nacional, en la que puede ser preceptivo solicitar autorización para la realización

de una obra, bien por estar declarada una zona próxima o lejana de seguridad que impide edificar o construir a una distancia menor de la establecida, o por tratarse de la existencia de zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, lo cierto es que en aquellos territorios de España en los que así esté establecido o se establezca en un futuro, la realización de acciones o el acceso a la propiedad estará condicionado a ciertos requisitos o permisos.

Como se ha señalado anteriormente y en cuanto a la calificación de este conjunto legislativo como obsoleto, la exposición de motivos de la propia ley cuando dice que:

«[...] su promulgación obedecía a un cúmulo de disposiciones que precisaban una reducción a sistema, una unificación que supere una pretensión puramente formal y establezca para el futuro un cuerpo normativo coherente que, tomando como punto de partida las directrices a que responde el derecho vigente, las actualice y las dé una agilidad y flexibilidad en sus consecuencias concretas».

Cierto es que aun si tan solo tenemos en cuenta los años desde su promulgación, sí puede decirse que se haya conseguido esa flexibilidad pretendida. En este sentido, sigue diciendo la exposición de motivos, es de destacar la superación definitiva del procedimiento de delimitar concretamente determinadas zonas de interés para la defensa nacional, lo que se consigue consignando en la ley los conceptos genéricos ulteriormente aplicables a los distintos supuestos singulares en que se haga necesario.

Por otra parte, tampoco ha experimentado variación la consideración como infracciones la realización de los actos determinados en la Ley 8/1975 o en su reglamento, sin contar con los permisos y licencias oportunos, lo que dará lugar a la correspondiente responsabilidad administrativa y al ejercicio por parte de la Administración de su potestad sancionadora, tal y como dispone la propia ley de zonas y desarrolla su reglamento.

Esta potestad sancionadora ha de ajustarse al procedimiento administrativo común establecido en la Ley 39/2015, así como lo dispuesto en el capítulo II del título III, artículos 94 y siguientes, del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que establece su propio procedimiento, así como a lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que establece los principios que informan la potestad sancionadora de la Administración.

Antes de entrar a analizar la aplicación concreta de la potestad sancionadora a las infracciones de la Ley 8/1975 y su reglamento, resulta preciso delimitar exactamente el ámbito de aplicación de la misma. El artículo 1 de la Ley 8/1975 y concordante de su reglamento dispone que:

«Para salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional y la seguridad y eficacia de sus organizaciones e instalaciones, quedarán sujetos a las

limitaciones previstas en esta Ley los derechos sobre bienes situados en aquellas zonas del territorio nacional que en la misma se configuran, con arreglo a la siguiente clasificación: – De interés para la Defensa Nacional. – De seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar. – De acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros. Estas clases de zonas son compatibles entre sí, de modo que por razón de su naturaleza y situación, determinadas extensiones del territorio nacional podrán quedar incluidas simultáneamente en zonas de distinta clase».

De conformidad con esta clasificación y, teniendo en cuenta las limitaciones que se establezcan, la infracción de esta determinará la incoación y tramitación del oportuno expediente administrativo sancionador.

Por otra parte, los artículos 2, 3 y 4 definen y delimitan cada una de estas zonas. El artículo 2 en cuanto a las zonas de interés para la defensa nacional establece que son «las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente a un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin».

El artículo 3 continúa definiendo las zonas de seguridad como las 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 disponga, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas, cuando aquéllas entrañen peligrosidad para ellas».

En tercer lugar, el artículo cuarto que establece que:

«[...] se denominan zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros aquéllas en que por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».

El establecimiento o la declaración de zonas de interés para la defensa nacional se realizará por decreto, previo informe de la Junta de defensa nacional (actual Consejo de defensa nacional¹), a propuesta del departamento ministerial afectado, otra de las novedades en su día introducidas por esta Ley 8/1975 como una forma de otorgar flexibilidad al sistema, pudiendo incluso partir el inicio del procedimiento para la declaración de una zona de interés para la defensa nacional o para el establecimiento de una zona de seguridad de un jefe de base, acuartelamiento o establecimiento, ajustándose al procedimiento establecido, tanto en el ámbito del Ministerio de Defensa, como a las instrucciones particulares dadas por cada uno de los jefes de Estado Mayor respectivos.

¹ Así lo establece la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la defensa nacional.

Tanto los tipos de infracciones previstas en la Ley 8/1975 de zonas de interés para la defensa nacional y su reglamento, así como el procedimiento a través del cual van a ser sancionados los infractores de esta legislación, va a ser objeto de desarrollo a continuación.

2. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

Dispone el artículo 103 de la Constitución española que «*la Administración sirve con objetividad los intereses generales*», intereses que, en lo que al presente estudio se refiere, se encuentran previstos en la ley de zonas de interés para la defensa nacional y cuya infracción va a sancionar la Administración en el ejercicio de esta potestad para su salvaguarda. Como señala el profesor Piñar²:

«[...] mediante la facultad de imponer sanciones para quienes vulneren la legalidad administrativa, el legislador persigue garantizar la observancia de la misma y de las limitaciones y deberes que se imponen a los ciudadanos por las normas jurídicas o, a través de actos administrativos de obligado cumplimiento: ordenes, requerimientos, denegación de autorizaciones, etc.».

No siempre, sin embargo, la infracción va a dar lugar a la imposición de una sanción, sino que en algunos casos puede corregirse con el restablecimiento de la situación jurídica anterior a esa infracción, supuesto este que también prevé la legislación de zonas, es posible incluso el derribo o demolición de lo ilegalmente construido en contra de lo legalmente procedente o sin contar con los permisos y licencias oportunos.

La potestad sancionadora que a continuación se pasa a exponer se hace desde un punto de vista general, pero también aplicado a la legislación de zonas de interés, ya que la misma regula las sanciones a imponer en caso de actuaciones que vayan en contra de lo legalmente establecido y las autoridades competentes para su imposición, legislación que establece un procedimiento especial aunque el mismo no difiera sustancialmente del establecido en la ley de procedimiento administrativo, si bien se debe tener en cuenta que está reciente (año 2015) y la regulación de esta materia es de 1975 y 1978, años en los cuales estaba en vigor otra legislación administrativa.

2.1. Regulación legal

Se encuentra regulada la potestad sancionadora de la Administración, como se ha señalado anteriormente, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y en la Ley

² Piñar. La potestad sancionadora de la Administración. En: *Derecho Administrativo I. Universidad CEU San Pablo*. Tema 17. Disponible en: <https://www.studocu.com/es/document/universidad-ceu-san-pablo/derecho-administrativo-i/tema-17-la-potestad-sancionadora-de-la-administracion/4882449>

40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, la que, sin embargo, únicamente determinan los principios por los que ha de regirse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

Estableciéndose normas concretas de aplicación o traslación del procedimiento general al específico previsto en los artículos 94 y siguientes del reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional. Conforme a lo dispuesto en el capítulo III, artículos 25 a 31, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, los principios de la potestad sancionadora son los de legalidad, irretroactividad, tipicidad y responsabilidad, principios que en cualquier caso no difieren de los que según el artículo 103 de la Constitución deben guiar la actuación de la Administración cuando dice que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Encontramos en cierta dispersión normativa, ya que con la legislación anterior, esto es, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, si bien es cierto que preveía los principios de la potestad sancionadora, también regulaba los principios del procedimiento sancionador³, desarrollado ya este íntegramente con sus particularidades en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, más las peculiaridades previstas en la legislación de zonas.

En lo que a la ley de zonas se refiere, su artículo 31 hace una remisión al procedimiento administrativo común⁴, cuya regulación se contenía en el Decreto 1408/1966, de 2 de junio, por el que se adapta la Ley de Procedimiento Administrativo a los Ministerios militares y, en su caso, a la legislación vigente sobre expropiación forzosa⁵, norma singular en el ámbito administrativo por ciertas regulaciones y expresiones de su articulado, fruto de su época. En cualquier caso, esta norma se aprobó, tal y como establecía su artículo primero, porque la disposición final segunda de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 facultaba a la presidencia del Gobierno para adaptar sus preceptos al peculiar carácter y estructura de los Ministerios del Ejército, de Marina y del Aire.

De este modo y, en conclusión, el procedimiento sancionador por infracción de lo dispuesto en la ley de zonas y su reglamento ha de ajustarse al propio reglamento, a la ley de procedimiento administrativo común y con arreglo a los principios que establece la ley de régimen jurídico del sector público. No obstante,

³ De la potestad sancionadora. Título IX, capítulo I y capítulo II.

⁴ El artículo 31 establece que «La tramitación y ejecución de los acuerdos a que se refieren los dos artículos anteriores, así como los recursos que contra ellos cabe interponer en vía administrativa, se ajustarán a lo dispuesto en el Decreto mil cuatrocientos ocho/mil novecientos sesenta y seis, de dos de junio, por el que se adapta la Ley de Procedimiento Administrativo a los Ministerios militares y, en su caso, a la legislación vigente sobre expropiación forzosa».

⁵ En el mismo sentido, el artículo 73 del reglamento, dispone que «En todo lo no expresamente previsto en estas normas de procedimiento, se aplicará supletoriamente el Decreto 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo a los Departamentos Militares».

veremos que existe alguna particularidad, tanto del procedimiento en sí, forma de inicio, como la posibilidad de paralizar las obras si no se adecúan a la autorización concedida, incluso si de una medida cautelar o provisional se tratase con carácter previo al ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, siendo posible la concurrencia de sanciones, esto es, la sanción económica junto con la demolición de lo ilegalmente construido.

2.2. Procedimiento sancionador

Como se ha expuesto anteriormente, tras la derogación del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, no existe un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes sancionadores que se sigan en aplicación de la legislación de zonas de interés para la defensa nacional, salvo lo en él establecido, debiendo ajustarse en al máximo a lo dispuesto en los artículos 53 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común⁶.

Pese a no existir normativa específica, sí se pueden encontrar ciertas particularidades en cuanto al inicio, instrucción y finalización del procedimiento que son exclusivas de esta legislación de zonas de interés para la defensa nacional, debido a que básicamente se trata de un proceso administrativo simplificado, en el que necesaria y preceptivamente con carácter previo a la resolución, procede el trámite de audiencia al interesado.

El procedimiento en sí se encuentra regulado en los artículos 94 y siguientes, disponiéndose el inicio mediante acuerdo de la autoridad militar jurisdiccional de los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire, tanto en cuanto a infracciones de las zonas de interés para la defensa nacional, como de las zonas de seguridad, mientras que en las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros la competencia solo corresponde a la autoridad militar jurisdiccional del Ejército de Tierra.

La incoación del procedimiento puede ir precedida de una información reservada, la cual no resulta necesaria en el caso de que el conocimiento de la presunta infracción por la autoridad militar sea como consecuencia de la actuación de las Fuerzas militares, las de orden público, agentes de la autoridad y funcionarios, tanto civiles, como militares en la forma que dispone el artículo 71 del reglamento, supuesto relativo a la tramitación de proyectos y autorizaciones en zonas de interés para la defensa nacional, cuyo incumplimiento da lugar en primer lugar a la suspensión de la obra o trabajo que se realice sin autorización y comunicación al Ministerio de Defensa el cual en un plazo no inferior a diez días, ni superior a quince resolverá, cabiendo las siguientes posibilidades: 1. Restable-

⁶ Título IV. De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común.

cimiento de la situación anterior. 2. Iniciación de expediente de autorización. 3. Sin perjuicio de la incoación del procedimiento sancionador.

El procedimiento sancionador previsto en el reglamento de zonas sigue la dinámica de un procedimiento sancionador clásico: inicio, acusación y prueba, trámite de audiencia y resolución. Así, el inicio, que será mediante acuerdo de la autoridad militar jurisdiccional, designará un instructor y un secretario, a quienes competará la instrucción y tramitación del oportuno procedimiento, recabando todos los elementos de juicio que resulten procedentes, siendo aplicables en este supuesto las causas de abstención y recusación establecidas en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público.

El instructor, a la vista de las actuaciones practicadas para el esclarecimiento de los hechos, podrá formular pliego de cargos, con imputación de hechos, el cual se notificará al interesado, concediéndole un plazo de ocho días para contestarlo. Contestado el pliego de cargos o transcurrido el tiempo concedido, se formulará una propuesta motivada de resolución, la cual igualmente se notificará al interesado, concediéndole un nuevo plazo de ocho días por si consideran conveniente contestarlo. Transcurrido este último plazo, se remitirá todo lo actuado a la autoridad que ordenó la incoación, la cual, previo informe preceptivo de la Asesoría Jurídica o auditoría, resolverá, bien devolviendo el expediente al instructor de estimarlo incompleto, dictando la resolución que proceda, o elevándolo al órgano superior si no fuese competente para la resolución.

La competencia para la resolución del procedimiento difiere según el tipo de infracción y la sanción a imponer en su caso. En cuanto a las infracciones de lo dispuesto en su artículo 1, hay que señalar que la Ley 8/1975 dedica los artículos 29 a 31 a la potestad sancionadora en esta materia. El artículo 29 de la ley y su equivalente 91 del reglamento establecen la posible concurrencia, en casos de infracciones de lo dispuesto, de un acuerdo de demolición parcial o total o al de expropiación, cabiendo la posibilidad de una multa pecuniaria según «la entidad o importancia objetiva y la intencionalidad de sus autores», correspondiendo la competencia al Ministerio Militar oportuno, previa tramitación del procedimiento pertinente. La resolución de los expedientes instruidos por infracciones cometidas con motivo de obras o servicios públicos será de la competencia del Consejo de Ministros.

Por lo que respecta a las sanciones, tanto la ley, como el reglamento, se establecen distintas sanciones económicas, cuya competencia difiere según la cuantía de la misma. El artículo 30 de la ley de zonas y el artículo 92 del reglamento determinan que:

«[...] a los efectos sancionadores previstos en el artículo anterior, las Autoridades militares a que se refieren los artículos sexto, quince y veintidós de esta Ley, podrán imponer multas de hasta 2.500.000 pesetas. El Ministro, a propuesta de dichas Autoridades, podrá imponer multas de cuantía no superior a 10.000.000 de pesetas. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio correspondiente, podrá imponer multas de hasta 50.000.000 de pesetas».

Las resoluciones sancionadoras son susceptibles del recurso expresamente previsto en el artículo 31 de la ley y 93 del reglamento, esto es, recurso de alzada ante el ministro de Defensa, pero se establece un plazo de quince días frente al de un mes que determina la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común como general para este recurso, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa, del mismo modo que las sanciones impuestas por el ministro o el Consejo de Ministros, dejando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. En cualquier caso, transcurridos tres meses desde la interposición, sin que se haya resuelto el recurso, se entenderá desestimado, pudiendo acudir igualmente a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, con lo que rige el sistema del silencio administrativo actual establecido en los artículos 24 y 25 de la Ley 39/2015. Además, hay que tener en cuenta que conforme dispone el artículo 101 del reglamento, para recurrir contra la imposición de una multa se verificará previamente el depósito de su cuantía, salvo en los casos de suspensión previstos en la ley de procedimiento administrativo.

En cuanto a la ejecutividad, rige en este punto el sistema general, conforme al artículo 100 del reglamento, la interposición de un recurso no suspende la ejecución del acuerdo recurrido, pudiendo suspenderse de oficio o a instancia de parte si se considera que la ejecución pudiera causar perjuicios de difícil o imposible reparación, coincidiendo con lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 39/2015 en cuanto a los motivos por los cuales se puede suspender la ejecución del acto impugnado, siendo tasados y objeto de motivación.

En relación con las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, las cuales están expresamente determinadas y delimitadas en los decretos correspondientes, se requiere autorización militar, según lo dispuesto en el artículo 18 de la ley y artículo 37 del reglamento, ya que estas zonas no pueden exceder del 15 % del terreno. El régimen sancionador en estos casos viene determinado por la necesidad previa de acreditar la autorización militar ante el notario o registrador ante el que se vaya a formalizar la transmisión del dominio o constitución de derechos reales, con llevando la falta de autorización o inscripción la nulidad de pleno derecho del acto o concesión de que se trate según dispone el artículo 21 de la ley y artículo 40 del reglamento.

Es igualmente posible en estas zonas de acceso restringido a la propiedad que la autoridad militar revise la autorización concedida, ya que la misma está sujeta y puede ser objeto de comprobación en el caso de que se aprecie que las fincas u obras se utilizan para fines contrarios a la defensa nacional, pudiendo ser requerido el infractor para que cese en dicha situación e incluso dar lugar a la anulación de la autorización, declarando la utilidad pública y la subsiguiente expropiación según dispone el artículo 24 de la ley y artículo 84 del reglamento.

Se aprecia como se ha señalado la concurrencia de un sistema sancionador diferente según la infracción cometida, ya que no supone la misma tipicidad la construcción o la realización de cualquier obra sin autorización que el acceso e inscripción de un título de propiedad sin contar con la debida autorización de la autoridad militar, dando lugar en el primero de los casos a la imposición de una sanción de derribo de lo ilegalmente construido o sin ajustarse a los términos es-

tablecidos en la autorización, la cual puede concurrir con una sanción pecuniaria según los casos, ocasionando en el caso de inscripción de títulos la nulidad de los contratos celebrados, con su consiguiente anulación en el registro oportuno según determina el artículo 21 de la Ley 8/1975. Conviene señalar además que el posible derribo de lo ilegalmente construido no se evita con el pago de la sanción y a la inversa, correspondiendo, llegado el caso, actuar al Ministerio de Economía y Hacienda por si hubiere de ejecutarse coercitivamente el pago de la sanción.

Finalmente, hay que hacer referencia a la posibilidad de suspensión cautelar de cualquier construcción que se realice en contra de la autorización concedida o sin ajustarse a lo dispuesto en la misma, ya que la concesión de la autorización para llevar a cabo la obra de que se trate, se entiende sin perjuicio de la vigilancia y control de las obras, instalaciones, actividades o trabajos autorizados, que se llevará a efecto, desde su comienzo hasta su finalización, tal y como determina el artículo 77 del reglamento.

3. CONCLUSIONES

La Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional y su reglamento aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional. Resulta, pese a los años transcurridos desde su entrada en vigor, parte de la normativa que, en determinadas partes del territorio nacional, mayor trascendencia tiene.

Piénsese a estos efectos en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla o en determinados territorios de los archipiélagos canarios o baleares, en los cuales existen extensiones considerables de terreno calificadas, cuando menos de interés para la defensa nacional, sin perjuicio de poder concurrir con una zona de seguridad establecida, sea próxima o lejana.

Como se ha señalado, según el supuesto, será preceptivo obtener autorización militar para llevar a cabo la actuación de que se trate o adquirir la propiedad con su consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad. La autorización militar corresponde a las autoridades militares jurisdiccionales, las cuales, debido a la gran transformación que han ido experimentando las Fuerzas Armadas en los últimos años, también han cambiado, como consecuencia de la implantación de un modelo funcional frente al territorial de organización militar, además se distingue entre autoridades de la Fuerza y del apoyo a la Fuerza, siendo estas últimas las que ostenten las competencias en esta materia.

Desde mi punto de vista y pese a los años transcurridos, estamos ante una legislación que, tal y como expresaba su *Exposición de Motivos*, obedecía a la necesidad de reducir el sistema entonces existente, unificando la normativa anterior y que estableciera para el futuro un cuerpo normativo coherente que, tomando como punto de partida las directrices a las que responde el derecho vigente, las actualice y les dé una agilidad y flexibilidad en sus consecuencias concretas. Esta

flexibilidad se ha ido consiguiendo mediante el sistema articulado, tanto en la ley, como en el reglamento, ya que las declaraciones y modificaciones de las zonas existentes se realizan mediante Decreto, lo que otorga dinamismo al sistema. Además, en el ámbito de la Administración Militar, por los respectivos jefes de Estado Mayor se han dictado las órdenes y directrices oportunas para que por las autoridades militares correspondientes pueda instarse la declaración o modificación de una zona, tanto de interés para la defensa nacional, como de seguridad.

Finalmente, cabe señalar que no dejan de existir voces que abogan por una modificación del sistema, sobre todo en lo referente a la autorización militar para el acceso a la propiedad por extranjeros en las zonas de acceso restringido. Con la entrada de España en la Unión Europea se equipararon los ciudadanos comunitarios a los españoles en cuanto a la adquisición de propiedades, eliminándose este requisito para ellos. No obstante, tras el Brexit se ha vuelto a poner en duda la eficacia de esta legislación, ya que los ciudadanos británicos son los más numerosos en determinadas zonas del territorio español y la obstaculización del acceso a la propiedad a los mismos, obligándolos a la solicitud de la autorización, puede suponer una demora considerable en el acceso a la propiedad debido a las trabas burocráticas, o incluso la denegación del permiso, lo que hace que estas medidas sean muy criticadas.

En cualquier caso, como se ha argumentado, esta legislación establece un sistema dinámico que permite cambios sin necesidad de grandes complicaciones legislativas o parlamentarias y que, considero, que pese al tiempo que lleva en vigor ha podido adaptarse perfectamente al devenir de los años y transformaciones llevadas a cabo.

BIBLIOGRAFÍA

- García De Enterría, E., y Ramón Fernández, T. En: *Curso de Derecho Administrativo*. 2.^a Edición. Madrid, Tomo II, Ed. Civitas.
- Parada, R. (2012). *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*. 5.^a Edición, Madrid. Marcial Pons.
- López Feria, A. (2017). Algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de las zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional. *Revista española de Derecho Militar*. N.º 107.

3. LA RECURRIBILIDAD DE LAS COMUNICACIONES DE LOS RESULTADOS POSITIVOS ARROJADOS POR LAS ANALÍTICAS DE ORINA REALIZADAS A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Ana Sancho Blanco
Capitán auditor

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La práctica de analíticas de orina como medida para prevenir el consumo de drogas en las Fuerzas Armadas. Fundamento legal. 3. Las comunicaciones de los resultados positivos arrojados por las analíticas. Naturaleza. 4. Conclusiones.

RESUMEN: la aprobación de la Instrucción Técnica 01/2017, de la Inspección General de Sanidad de la Defensa (IGESAN), que regula el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa y que más tarde fue derogada por la Instrucción Técnica 03/2019, supuso el establecimiento de unos procesos de recogida y analítica de muestras de orina, cuya observancia determinaba la legitimidad del resultado arrojado. En ocasiones, siendo declarada en el ámbito del procedimiento disciplinario militar, la nulidad de resultados positivos, como consecuencia del incumplimiento de dichos procesos, se plantea en el presente trabajo la posibilidad de recurrirlos de forma independiente, a través de las comunicaciones de los mismos, permitiendo la revisión, sin diferir en dicho momento a la existencia de una acción militar disciplinaria.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque, los resultados arrojados por las determinaciones analíticas practicadas de conformidad al III Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas (III PGPDFAS) y a la Instrucción técnica 03/2019 de la Inspección General de Sanidad de la Defensa (I.T. 03/2019), por la que se regula la toma de muestras y el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa, gozan, en su calidad de dictámenes clínicos emitidos por un or-

ganismo público competente, en este caso, el Laboratorio de referencia de drogas del Instituto de Toxicología de la Defensa, de plena validez científica y presunción de acierto,¹ ello no significa que no puedan ser invalidados por nuevos informes periciales, que contradigan fehacientemente sus conclusiones o incluso, que dicha falta de validez proceda de un vicio en el procedimiento adoptado con objeto de llegar a dichas conclusiones.

Sin embargo, estos informes, que no generan efecto jurídico alguno en la situación administrativa del militar sobre el que recaen, ni deciden directa o indirectamente cuestión alguna sobre el estatuto del militar, no pueden ser calificados como actos administrativos, autónomos e independientes, susceptibles de recurso, siendo considerados, por tanto, actos de trámite y gozando de carácter instrumental frente a otras posibles actuaciones administrativas posteriores.

El no poder ser objeto de recurso de forma independiente, implica que nos encontremos con situaciones en las que el administrado, a pesar de la notoriedad de ciertos vicios que invalidarían el resultado de dichos informes y, por tanto, los resultados positivos que recogen, está obligado a soportar los efectos jurídicos derivados de los mismos, como es la incoación de un procedimiento disciplinario y las consecuencias que dicha incoación conlleva a efectos de carrera profesional o situaciones administrativas, sin estar legitimado para atacar dicho resultado hasta que no se inicie un procedimiento administrativo en el que dichos informes sean tomados en consideración. En este sentido, siendo más de los deseables, aquellos procedimientos disciplinarios incoados como consecuencia de la presunta existencia de un consumo reiterado de drogas², que son finalmente concluidos con una resolución declarativa de falta de responsabilidad, consecuencia de algún vicio en el procedimiento de toma de la muestra, lo que invalida el resultado positivo arrojado por el análisis de la muestra extraída del expedientado.

Se hace necesario plantear la cuestión de la posible anulación de dichos resultados positivos, a través de la impugnación de las comunicaciones que se practican a los interesados de dichos resultados, recurso que permitiría entrar a analizar de una forma previa la legitimidad de los mismos, sin tener que diferir

¹ Sala de lo contencioso-administrativo de la audiencia nacional (*vid.*, entre otras, su sentencia de 23 de enero de 1995) y la sala tercera, de lo contencioso-administrativo, del Tribunal Supremo, que en sentencia de 4 de febrero de 1997, recuerda cómo «las certificaciones médicas aportadas unilateralmente por el actor... carecen de fuerza probatoria que pueda ser aceptada en contra la resolución... fundamentada en el resultado del reconocimiento practicado por el Tribunal Médico Militar», criterio que coincide con el sustentado en otras sentencias del mismo Tribunal, como las de 11 de mayo y 6 de junio de 1990, ya que, como dice esta última, el certificado emitido por el médico designado por el recurrente «carece de las garantías necesarias... para desvirtuar la fuerza de convicción del dictamen emitido por dos Tribunales Médicos dada la garantía que ofrecen sus conocimientos científicos y la objetividad de su nombramiento». En segundo lugar, el citado informe no sugiere, ni insinúa la posibilidad de que la Administración de los medicamentos prescritos guarde relación causal con los resultados positivos a consumo de cannabis emanados de las pruebas de detección cuestionadas, como así pretende el interesado en su instancia.

² El artículo 8.8 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas establece como falta muy grave «Estar embriagado o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el desempeño del servicio o de forma reiterada fuera de él».

dicho momento a la existencia de un procedimiento administrativo sancionador o de otro tipo, en el que estos se tengan en cuenta, evitando así la producción de efectos en el interesado que finalmente resultaran infructuosos.

2. LA PRÁCTICA DE ANALÍTICAS DE ORINA COMO MEDIDA PARA PREVENIR EL CONSUMO DE DROGAS EN LAS FUERZAS ARMADAS. FUNDAMENTO LEGAL

2.1. Antecedentes: regulación nacional en materia de prevención de consumo de drogas

La problemática a consecuencia del consumo de drogas en las Fuerzas Armadas (FAS), es fiel reflejo de la problemática en la sociedad civil, bien es cierto, que con concretos caracteres que derivan de la propia naturaleza del ámbito castrense, la que provoca que el desempeño de las funciones militares sea totalmente incompatible con el consumo de drogas.

En este sentido, la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo³, sobre el consumo habitual de drogas y con relación al desempeño del servicio señaló que «resulta absolutamente incompatible».

El uso de drogas implica, objetivamente, un riesgo, tanto para la correcta prestación del servicio, como, muy especialmente, para la seguridad física de los propios consumidores y resto de miembros de las FAS, a lo que no es ocioso añadir que la naturaleza y características de estas, en cuanto depositarias y custodias de las armas que la nación les confía y las misiones que constitucionalmente le son encomendadas, que pueden exigir la utilización de la fuerza, exigen extremar el cuidado para que quienes a ellas pertenezcan, garanticen el mantenimiento permanente de unas adecuadas características psicofísicas, con el consecuente equilibrio mental y emocional, que permita llevar a cabo debidamente aquellas misiones, lo que puede verse gravemente quebrantado por el consumo de estupefacientes.

El Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta línea argumentativa al advertir⁴ la necesidad de que el personal militar se mantenga en plenitud de condiciones físicas y psíquicas, ha reconocido, asimismo, el peligro que para la prestación del servicio supone el reiterado consumo de drogas y la entidad del riesgo que se asume con la tolerancia y permisividad hacia estas reprochables prácticas, dados los medios potencialmente peligrosos empleados por los Ejércitos, a los que el Estado dota de armamento y confía su uso gradual y proporcionado, llegando a afirmar que el servicio no puede ser desempeñado en las mínimas condiciones

³ Así lo ha manifestado la Sala Quinta desde su sentencia de 10 de julio de 1997, en la que refirió que «la gravedad de los hechos que estimó probados la Autoridad disciplinaria guardan perfecta proporción con la también muy grave corrección impuesta de separación del servicio, que aparece perfectamente adecuada para sancionar tales hechos, cuya naturaleza es absolutamente incompatible, por razones de servicio y seguridad».

⁴ Entre otras, sentencias de 14 de diciembre de 2007, 17 de enero de 2008, 11 de diciembre de 2008 y 11 de mayo de 2009.

exigibles por quienes consumen habitualmente esas sustancias dado el riesgo que ello comporta para las Fuerzas Armadas, en el que sus miembros son servidores públicos que portan armas en razón a la naturaleza del servicio que prestan, lo que obliga a destituir al personal destinado en unidades operativas que consuma este tipo de sustancias, de la realización de todo tipo de guardias y servicios de armas, conducción de vehículos y participación en ejercicios tácticos, lo que repercute en la operatividad de la unidad y sobrecarga excesiva e injusta de trabajo a sus compañeros.

Aunque a nivel nacional, fue en 1985, en el ámbito del Ministerio de Sanidad, cuando se creó, el Plan Nacional sobre Drogas, estableciéndose en 1986 la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción (FAD), como una de las principales entidades privadas en materia de prevención de consumo de drogas.

No fue hasta 1995, cuando comenzaron a ejecutarse medidas relativas a la prevención del consumo de drogas en el ámbito castrense, consecuencia de la aprobación de la directiva del ministro de Defensa, 91/1995, de 28 de junio y la Instrucción del secretario de Estado de Administración Militar 92/95, de 28 de junio, esta última que disponía la elaboración por el director general del Servicio Militar de un Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas (PGPDFAS), con el objeto de definir las medidas a aplicar, cometidos generales, precisar el establecimiento de las acciones y programas necesarios para desarrollarlos y al final, rendir de todo ello, un informe anual con resultados y propuestas.

Sin embargo, no fue hasta el 1 de agosto de 2000, cuando el subsecretario de Defensa, elaboró y aprobó el Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas, que se mantuvo vigente hasta febrero de 2010, cuando como consecuencia de su necesaria actualización y adaptación a los criterios establecidos en la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016, aprobada por el Consejo de Ministros en su reunión del día 23 de enero de 2009, fue aprobado por la Subsecretaría de Defensa el II PGPDFAS en febrero de 2010. En fecha actual, como consecuencia de la publicación de la Estrategia Nacional sobre Adicciones (ENSA 2017-2024), aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros, el día 9 de febrero de 2018, se aprueba por el subsecretario de Defensa, el 24 de junio de 2020, el III Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas, que se encuentra vigente en la actualidad.

2.2. La prevención en el III PGPDFAS: la práctica de analíticas de orina encaminadas a detectar el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas

La prevención⁵ en el consumo de drogas, es definida por el III PGPDFAS como el conjunto de actuaciones encaminadas a eliminar o modificar los factores

⁵ El III PGPDFAS señala expresamente «La prevención se considera la principal línea de actuación de este Plan, por lo que su ámbito de aplicación abarcará aspectos multidisciplinares y multifactoriales. Las intervenciones preventivas tienen como objetivo reducir los factores de riesgo y aumentar los factores de protección frente al consumo de drogas.

de riesgo y a fomentar los componentes de protección frente al consumo de drogas u otras sustancias o conductas adictivas.

Es en este ámbito de prevención, en el que el III PGPDFAS sitúa la realización de analíticas con objeto de determinar el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Lo que encuentra su fundamento legal en el artículo 83 Ley 39/2007⁶, de 19 de noviembre, de la carrera militar y su resultado formará parte del expediente de aptitud psicofísica del personal militar.

En este contexto, hay que tener en cuenta que la relación de sujeción especial que une a los miembros de las FAS con la Administración militar, les exige, tener unas óptimas condiciones psicofísicas para prestar servicio y, especialmente, que no se vean disminuidas estas por el consumo de drogas, dada la peligrosidad y riesgo que puede encerrar, a lo que cabe unir la plena disponibilidad permanente que es exigible a los militares y que, implica que en todo momento deben estar en situación real y psicofísica de prestar servicio en plenitud de condiciones.

Sentada la posibilidad de practicar dichas analíticas se hizo necesaria la aprobación de una normativa que regulara la toma de muestras y el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa, aprobándose así la Instrucción Técnica 01/2017, de la Inspección General de Sanidad de la Defensa (IGESAN), que regula el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa y que, más tarde, fue derogada por la Instrucción Técnica 03/2019 de la Inspección General de Sanidad de la Defensa, por la que se regula la toma de muestras y el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa, garantizando así la legitimidad de su resultado.

En la citada instrucción se regulan los requisitos que han de cumplir los procesos de recogida y analítica de muestras de orina, cuya observancia es esencial a efectos probatorios, en particular cuando se trata de aplicar el tipo disciplinario definido por los artículos 8.8 y 8.9⁷ de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS).

La relevancia de estas normas reglamentarias estriba en que se constituyen en el canon de legitimidad de la prueba del consumo de drogas, de forma que de

Por otro lado, las intervenciones para la reducción del riesgo en las conductas adictivas tienen como finalidad evitar los efectos negativos de su uso, impidiendo que el consumo experimental y el uso esporádico se conviertan en uso continuado, previniendo la aparición de los consumos de riesgo y/o problemáticos como el binge-drinking (“atracones”), o reduciendo las consecuencias negativas que su uso puede tener en otras áreas, al evitar la conducción de vehículos bajo los efectos del alcohol u otras drogas, a fin de prevenir los accidentes de tráfico o bien como evitación de situaciones inseguras cuando se está desempeñando una tarea o cometido de riesgo»

⁶ «2. Los reconocimientos y pruebas podrán comprender análisis y comprobaciones con carácter obligatorio, encaminados a detectar los estados de intoxicación y el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

⁷ «La negativa injustificada a someterse a reconocimiento médico, prueba de alcoholemia o detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o similares, legítimamente ordenada por la autoridad competente, y realizada por personal autorizado, a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio [...]»

su cumplimiento pende la validez de un eventual resultado positivo arrojado por el análisis de una muestra de orina. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de septiembre de 2013, ya advirtió que a la hora de efectuar una intervención corporal leve como es la consistente en la obtención de muestras de orina destinadas a la detección del consumo de sustancias tóxicas por los militares, es preciso, en orden a una obtención legítima de la prueba, observar cuando menos las garantías que la propia Administración Militar haya establecido en las citadas normas o instrucciones, de forma que, cualquier error de la Administración en cualquier fase del proceso de toma de muestras podría invalidar su resultado.

En síntesis, cabe decir que para que los resultados arrojados por los análisis de orina tengan plena validez y, por tanto, en el ámbito del procedimiento disciplinario, virtualidad enervadora de la presunción de inocencia, habrán de ser practicados con escrupuloso respeto al protocolo de actuación establecido en la Instrucción Técnica 03/2019, cuya observancia garantiza no solo la realidad de los consumos, sino también la regularidad del procedimiento de obtención y custodia de las muestras de orina, incluyendo, asimismo, el ofrecimiento de la posibilidad de contraanálisis que viene exigido por la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo como elemento nuclear e imprescindible para que no se produzca indefensión. Sobre dicha cuestión se han pronunciado las sentencias de 28 de enero de 2011⁸, que concreta los aspectos formales que debe reunir la notificación del resultado positivo a estupearientes para que pueda ser valorada como prueba del consumo prohibido, o la de 27 de febrero de 2012, que declara la ineficacia probatoria de los episodios de consumos imputados, por defectos en las comunicaciones practicadas⁹.

Sentado lo anterior, es incuestionable que la existencia de vicios, tanto en el procedimiento de toma y conservación de las muestras, como en la práctica de las comunicaciones de los resultados arrojados por los análisis de las muestras, pueden conllevar a la falta de validez de los resultados positivos, surgiendo en este punto la cuestión a tratar en el presente trabajo, centrada en la posibilidad de impugnar dichos resultados positivos en el momento en el que se produce su comunicación y, por tanto, sin tener que diferir dicha posibilidad de impugnación, al inicio de un procedimiento disciplinario o de cualquier otro tipo en el que se haga uso del referido informe.

⁸ «A este respecto, en nuestras Sentencias de 12 de junio, 25 de septiembre y 17 de diciembre de 2009 hemos venido a indicar que no puede valorarse a efectos disciplinarios un episodio de consumo de drogas tóxicas o sustancias similares cuando no haya constancia, entre otros extremos, de que al demandante “se le hiciese saber su derecho a practicar un contraanálisis”, lo que, como dijimos en las citadas Sentencias de esta Sala de 25.09 y 17.12.2009, “deberá hacerse en debida forma, es decir, expresamente y con mención de cuanto estipula, en sus apartados decimoquinto “solicitud de contraanálisis” y decimosexto “procedimiento a seguir para el contraanálisis”, la Instrucción Técnica núm. 1/2005, de 18 de febrero, de la Inspección General de Sanidad, por la que se regula el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa».

⁹ «No existe referencia alguna al derecho a solicitar contraanálisis, en la comunicación del tercero, únicamente se le hizo saber que podía ejercer el derecho a solicitar el contraanálisis, en la comunicación del resultado del segundo, no consta el correspondiente “recibí”, tampoco ningún dato relativo a su derecho a solicitar contraanálisis».

3. LAS COMUNICACIONES DE LOS RESULTADOS POSITIVOS ARROJADOS POR LAS ANALÍTICAS. NATURALEZA

3.1. Los actos administrativos y su impugnabilidad en vía administrativa

Como ya hemos referido, tanto el III PGPAS, como la Instrucción Técnica 03/2019¹⁰, establecen la obligación de comunicar a los interesados los resultados positivos de los análisis de las muestras que les son extraídas, instruyéndoles en su derecho a solicitar el contraanálisis. Centrando el presente trabajo en la posibilidad de recurrir dichas comunicaciones, con el objeto de declarar anticipadamente la nulidad de un resultado positivo sin necesidad de esperar a la incoación de un procedimiento disciplinario, lo primero que hemos de analizar es la naturaleza de dichas comunicaciones con la finalidad de determinar su posible impugnación, lo que nos obliga a realizar un breve repaso de la teoría general del acto administrativo y su recurribilidad.

Aunque en la legislación española, no existe ninguna definición legal de acto administrativo, son muchos los autores como Garrido Falla, García de Enterría o Santamaría Pastor que, acogiendo y completando la definición que el publicista italiano, Guido Zanobini, propuso en los años cincuenta del siglo pasado¹¹, han definido el acto administrativo como «cualquier declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria¹²». Podemos decir que los actos administrativos son declaraciones o manifestaciones formales de la voluntad de la Administración, excluyendo del concepto de acto administrativo las actuaciones materiales como las ejecutivas que se proyectan sobre la realidad física, no jurídica. A partir de esta definición, pueden extraerse cuáles son las características del acto administrativo:

- Es una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo.
- Es, esencialmente, unilateral, sin que requiera mediación de voluntad del sujeto destinatario para alcanzar validez.
- Tiene su origen en el ejercicio de una competencia administrativa distinta de la potestad reglamentaria.
- Emanan de una Administración pública.
- Es fiscalizable, como regla general, ante la jurisdicción contencioso-administrativa

¹⁰ «El Comandante/Jefe de la BUICO o quien este designe comunicará al interesado el resultado positivo de dicho análisis instruyéndole en su derecho a solicitar el contraanálisis en el plazo de diez días de la notificación. En dicha notificación se informará expresamente de las consecuencias disciplinarias que conlleva el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

¹¹ https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2015-75

¹² García de Enterría, E. y Fernández, T. R. En: *Curso de Derecho Administrativo I*, 19.ª edición. Thomson Reuters. Civitas.

El acto administrativo, por tanto, consiste siempre en una declaración administrativa que, puede ser:

- De voluntad: una resolución, la decisión final adoptada en un expediente, como el otorgamiento de una licencia o la imposición de una sanción.
- De juicio: un acto consultivo, un informe emitido por un órgano administrativo.
- De deseo: una propuesta de resolución, una solicitud.
- De conocimiento: una certificación emitida por cualquier órgano, la puesta en conocimiento de un expediente, una comunicación entre órganos o Administraciones públicas.

Una vez establecido el concepto de acto administrativo, es necesario tratar el objeto del recurso administrativo, encontrándose el mismo delimitado en el artículo 112.1¹³ de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), del que se deriva que los mismos deberán dirigirse o bien contra resoluciones, entendiéndose por tal, un acto que pone fin a un procedimiento administrativo, resolviendo las cuestiones planteadas por el interesado o que resulten del procedimiento, o, por otro lado, contra los denominados actos de trámite, solo en la medida en que equivalgan a una resolución por producir el mismo efecto, esto es, decidan de manera directa o indirecta el fondo del asunto, impidan la continuación del procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos¹⁴.

En definitiva, es interesante traer a colación la doctrina, que se mantiene inalterable, mencionada en la sentencia n.º 775/2021, en la que se dispone que es condición de impugnabilidad de un acto que tenga carácter decisorio, lo que implica que su contenido ha de definir una situación jurídica con carácter vinculante para la propia Administración y para los interesados.

3.2. Naturaleza de las comunicaciones en el procedimiento administrativo: actos de trámite

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario evaluar la propia naturaleza de las comunicaciones de los resultados positivos arrojados del análisis de las muestras de orina, con objeto de determinar si las mismas podrían ser objeto de recurso.

¹³ «1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento».

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo n.º 775/2021, de 1 de junio.

Las comunicaciones que se practican en el ámbito de un procedimiento administrativo son calificadas como actos de ordenación del procedimiento, incluyéndose, por tanto, en aquellos instrumentos administrativos denominados como «de trámite» y que son calificados como actos de instrucción o impulso del procedimiento, es decir, preparatorios de una decisión final. Sobre ellos, nuestro ordenamiento jurídico, a efectos de impugnación, establece un régimen diferente en relación a los llamados actos definitivos, ya que, tanto los recursos administrativos, como contencioso-administrativos, se plantean ordinariamente contra los actos definitivos y solo, excepcionalmente, son admisibles contra actos de trámite, tal como señala la referida Ley 39/2015, en el apartado primero de su artículo 112 «la oposición a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados, en la resolución que ponga fin al procedimiento».

En síntesis, cabe señalar que los actos definitivos son los que contienen una resolución, decisión o acuerdo de la Administración que los dicta, produciéndose al término de la tramitación de un procedimiento administrativo, que siempre es un precedente necesario del acto, sea para producir la decisión, resolver los recursos administrativos que puedan plantearse contra ella y los actos de trámite, que son actos de instrucción o impulso del procedimiento, preparatorios de una decisión final, como, por ejemplo, el acuerdo de incoación de un expediente¹⁵, los actos de instrucción como la evacuación de un informe¹⁶ o los de ordenación del procedimiento como las comunicaciones y notificaciones¹⁷.

El fundamento de la existencia de diferencias en relación con su impugnación radica principalmente en que los actos de trámite no contienen ninguna decisión administrativa, ni pueden afectar, por tanto, ordinariamente, a los derechos o intereses de los ciudadanos. Si se producen irregularidades en algún acto de trámite, que repercutan en la validez de la resolución, decisión o acuerdo final, pueden hacerse valer en vía de recurso con ocasión de la impugnación de este último, constituyendo irregularidades en la tramitación que pueden determinar la invalidez de la decisión, pero que se pueden invocar, sin merma de las garantías del interesado, al final del procedimiento, cuando el órgano competente adopta la decisión definitiva.

Sin embargo, estos caracteres generales de los actos de trámite no son predicables en aquellos supuestos en que los mismos son recurribles por concurrir las circunstancias establecidas en la ley, es decir, deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos.

No obstante, en la práctica, son contadas las hipótesis en que puede producirse un acto de trámite en el que concurra cualquiera de las características que enuncia la ley. Lo normal es que cualquier irregularidad pueda hacerse valer al término del procedimiento, salvo que se produzca una paralización del mismo que lesione los derechos o intereses de los administrados.

¹⁵ SSTs de 20 de mayo de 1992, 23 de enero y 1 de junio de 2004.

¹⁶ STS de 19 de noviembre de 1985.

¹⁷ STS de 3 de julio de 2002.

Estos actos de trámite que si son susceptibles de ser recurridos han sido calificados por alguna sentencia como actos de trámite cualificados¹⁸, que se diferencian de los actos de trámite simples porque «son susceptibles de generar por sí mismos ciertas consecuencias y efectos jurídicos en los afectados».

Por ejemplo, en concreto en el ámbito disciplinario militar, se ha calificado por la jurisprudencia como acto de trámite cualificado y, por tanto, susceptible de ser recurrido de forma independiente, el arresto preventivo¹⁹, aunque se funde en las peculiaridades del régimen disciplinario militar. Asimismo, en el mismo ámbito se ha calificado como acto de trámite cualificado la medida cautelar de suspensión de funciones²⁰.

Igualmente, hay que tener en cuenta que la importancia que un acto de trámite pueda tener en el procedimiento incoado para dictar una resolución administrativa final, no es determinante de su impugnabilidad²¹, si se puede decidir sobre su validez con ocasión de impugnar dicha resolución final y no concurren las circunstancias de excepción que establecen los artículos 112.1 LPAC y 25.1 LJCA.

Por otro lado, hay actos clasificados como de trámite por la propia legislación, respecto de los cuales la jurisprudencia, empujada aquí por análisis doctrinales que han abierto brecha en aquellas calificaciones, ha terminado por admitir la impugnación²².

¹⁸ La STS de 19 de diciembre de 2008 estableció «pues bien, en el presente caso nos hallamos ante un acto que presenta un contenido más complejo que el de un simple acto de trámite, por cuanto la resolución dictada por el Secretario de la CMT no se limita a impulsar u ordenar el procedimiento administrativo en el que se dicta, sino que contiene una declaración, y, una decisión sobre el tratamiento procesal que se va a dar a cierta información suministrada por las demandantes, decisión que va a resultar material y procesalmente trascendente. En efecto, el pronunciamiento sobre el carácter confidencial o no de los datos aportados al procedimiento en virtud de un anterior requerimiento implica una valoración del contenido de la información y una necesaria ponderación de las consecuencias de todo tipo que puedan derivarse para las entidades implicadas. En tal ponderación han de tomarse en consideración los diversos bienes jurídicos en juego e implica la necesidad de un razonamiento y una motivación que justifique el tratamiento dado a la información. Además, la declaración de confidencialidad genera importantes consecuencias para las partes interesadas en el procedimiento, referidas a la limitación en el acceso a los documentos y a las posibilidades de alegar sobre los mismos. Aspectos estos que evidencian la incompatible conceptualización de la declaración contemplada como un mero acto de trámite dirigido a la ordenación del procedimiento».

¹⁹ STC 24/1999, de 8 de marzo.

²⁰ STC 235/1998, de 14 de diciembre.

²¹ Un ejemplo claro es la jurisprudencia establecida sobre las declaraciones ambientales. El Tribunal Supremo ha reiterado en muchas sentencias que las declaraciones de impacto ambiental tienen carácter instrumental o medial en relación con la decisión final y son, por tanto, actos de trámite, no cualificados por las circunstancias previstas en los preceptos mencionados (SSTS de 13 y 25 de noviembre, 11 de diciembre de 2002, 13 de octubre de 2003 y 14 de noviembre de 2008).

²² Por ejemplo, el acuerdo de necesidad de ocupación en los expedientes de expropiación forzosa, fijado en artículo 21 LEF, del que la jurisprudencia dice que, si bien es el acto que inicia el expediente expropiatorio, no es en realidad un acto de trámite ya que, si no se aceptara la interposición de recursos contra él, se vulneraría el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE (SSTS de 14 de junio de 1983, 4 de abril de 1984, 9 de marzo y 3 de julio de 1993, 7 de noviembre de 1994 y 8 de junio de 1996) y ello a pesar de que los artículos 22.3 y 126.1 LEF remiten la impugnación del acuerdo al recurso contra la resolución expropiatoria que ponga fin al expediente. Otros actos expropiatorios, como la fijación del justiprecio, han sido directamente considerados impugnables, aunque ocurran antes de la resolución final del expediente expropiatorio, porque la ley determina que con ellos se forme una «pieza separada» (artículo 26.1 LEF).

También pueden identificarse actos de trámite respecto de los cuales la jurisprudencia o algunas leyes, en concreto, han admitido tradicionalmente la impugnación. Es el caso de las convocatorias de concursos de cualquier clase, cuyo contenido determina el desarrollo del concurso y su adjudicación. La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene establecido, que la concurrencia a un proceso selectivo, sin que se haya impugnado la convocatoria o alguna de sus bases, impide la ulterior impugnación de la resolución que sobre el mismo recaiga por motivos relativos a posibles defectos de la convocatoria, que en su día pudieron hacerse valer mediante el oportuno recurso contra esta²³.

Sentadas las anteriores apreciaciones y, entendiendo que las comunicaciones practicadas a los interesados de los resultados positivos arrojados por las analíticas de orina son actos de trámite, hemos de dilucidar si, efectivamente, podemos considerar estas comunicaciones como actos de trámite cualificados y, por tanto, susceptibles de recurso o si se trata de actos de trámite ordinarios. Dicha cuestión nos obliga a analizar su contenido y efectos de manera precisa.

3.3. Las comunicaciones de los resultados positivos a consumo de drogas: contenido y efectos

En relación con su contenido, el anexo IV del III PGPDFAS establece un modelo denominado «comunicación de positivo en prueba de detección de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» en el que, tras instruir al interesado en su derecho a la práctica de contraanálisis, se le informa que se va a proceder a realizarle un seguimiento con sucesivos análisis de la misma índole y que el resultado de esa prueba será incorporada a su Expediente de Aptitud Psicofísica, limitándose el Dispongo Undécimo de la I.T. 03/19, a señalar que será el jefe de unidad o la persona que este designe, la encargada de comunicar al interesado el resultado positivo de dicho análisis instruyéndole en su derecho a solicitar el contraanálisis en el plazo de diez días de la notificación, informando en la misma de las consecuencias disciplinarias que conlleva el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Sin embargo, en la práctica los efectos del citado positivo se extienden más allá del contenido establecido en la referida comunicación. El propio III PGPDFAS establece dentro del ámbito de la prevención, que para la realización de los cursos de formación o de perfeccionamiento que se determinen, podrá limitarse el acceso al mismo, al personal militar que haya dado positivo en un control analítico para la detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el periodo específicamente exigido, de forma que a tal efecto, el personal militar que participe en las citadas convocatorias deberá aportar el certificado del jefe de unidad, centro u organismo de destino/dependencia con el resultado de las pruebas analíticas de detección de consumo

²³ La STS de 3 de marzo de 2005, recogiendo la doctrina establecida en las SSTS de 20 de marzo de 1995, 24 de marzo de 1998, 13 de enero de 2000 y 9 de diciembre de 2002.

de sustancias psicotrópicas o drogas realizadas dentro del periodo de un año inmediatamente anterior a la fecha límite de presentación de solicitudes.

Asimismo, establece que quienes hubieran causado baja en alguno de los supuestos citados, no serán admitidos a participar en ninguna convocatoria que se anuncie, tanto de proceso selectivo, como de cualquier procedimiento de promoción en las FAS, durante el periodo de un año, contado a partir de la fecha de la baja.

De igual manera, como expresión de la política de prevención reflejada en el III PGPDA, los planes específicos de cada Ejército pueden incluir medidas limitativas en el manejo de armas y conducción de vehículos como consecuencias de la comunicación de un resultado positivo, como es el caso de la Norma Técnica 9/21 que aprueba el Plan Antidroga del Ejército de Tierra (PADET), el cual mantiene que los jefes de UCO:

«[...] solicitarán la suspensión y retirada del permiso militar de conducción o título equivalente en caso de pilotos, a la autoridad que lo expidió, de aquellos individuos que muestren reiteración en el consumo de drogas, además de la consiguiente apertura de expediente disciplinario. Excepcionalmente, a criterio del jefe de UCO y valorando la situación particular de cada caso, se podrá eximir al personal de realizar cometidos como conductor o piloto de aeronave tras la detección del primer positivo».

Exenciones que en la práctica son notificadas al interesado en la propia comunicación del positivo. Lo mismo ocurre, con las medidas preventivas en el manejo de armas y explosivos, ya que el mismo plan señala que:

«[...] cuando se dé en un individuo la reiteración en el consumo de drogas, se le retirará de la realización de servicios y actividades que requieran el uso de armamento o explosivos, procediendo igualmente a la apertura de expediente disciplinario por falta muy grave. Excepcionalmente, a criterio del jefe de UCO y valorando la situación particular de cada caso, se podrá eximir al personal de realizar cometidos con manejo de armas y explosivos tras la detección del primer positivo».

Realizándose, igualmente, su notificación junto con la comunicación del positivo.

4. CONCLUSIONES

En este punto, sentado el concepto de acto administrativo y, entendiendo que las comunicaciones de los resultados positivos practicadas a los interesados son actos de trámite, la cuestión se centra en determinar si, a la vista de su contenido podemos considerar que las mismas pueden ser situadas dentro los denominados jurisprudencialmente «actos de trámite cualificados» y, por tanto, ser objeto de recurso, permitiéndonos impugnar el resultado cuyo contenido comunican o, si, por el contrario, han de ser consideradas actos de trámite ordinarios

y debemos diferir dicho momento de impugnación a la existencia de un acto administrativo resolutorio dictado en el marco de un procedimiento administrativo, para lo que procederemos a analizar punto por punto su contenido y efectos con objeto de determinar si son susceptibles de generar por sí mismos ciertas consecuencias y efectos jurídicos en los afectados, como elemento determinante para dicha calificación.

En este sentido, la Sala Tercera del Tribunal Supremo señaló en su sentencia de 4 de junio de 2020 que:

«El carácter casuístico que preside la materia de la que tratamos, hace imprescindible el examen particularizado del requerimiento de que se trate, en especial de su objeto y extensión, a fin de decidir si puede producir alguno de los efectos descritos en el artículo 112.1 de la LPAC que lo cualifiquen como acto de trámite y abran la puerta a su impugnación autónoma y separada del acto resolutorio del procedimiento».

Por tanto, lo esencial consiste en determinar si dichas comunicaciones deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen cualquier clase de indefensión o perjuicio irreparable.

Sobre el primero de los efectos establecidos por el modelo de comunicación recogido en el III PGPDFAS, se ha de señalar que la sujeción de todo militar profesional, al que con ocasión de las determinaciones analíticas le haya sido detectado un primer positivo en consumo de drogas, a realizar un mínimo de tres pruebas de detección en un plazo máximo de seis meses, contando desde la comunicación de dicho resultado, no es más que una expresión del deber de la Administración militar de investigar la posible comisión por su personal de una infracción del correcto mantenimiento de las condiciones psicofísicas con objeto de garantizar el correcto funcionamiento y eficacia del servicio, sin que de dicha previsión se pueda derivar un efecto jurídico relevante para el interesado susceptible de convertir la comunicación en un acto de trámite cualificado.

Sin embargo, conclusión distinta hemos de manifestar en aquellos casos en los que en las propias comunicaciones de los resultados positivos, se incluye la notificación al interesado de medidas preventivas, limitativas de la prestación de servicios de armamento y conducción adoptadas conforme al III PGPDFAS por el jefe de UCO, dotando a dicha comunicación de los caracteres propios de los actos definitivos, al contener una decisión de la Administración que los dicta, en este caso, procedente del jefe de unidad, basada en la limitación en la prestación de servicios de armas o conducción y que tiene su único fundamento en el positivo detectado.

Finalmente, mayores dudas se observan al afirmar una posible calificación del acto de trámite que nos ocupa, fundamentada en el efecto relativo a la incorporación del resultado positivo en el Expediente de Aptitud Psicofísica del interesado, ya que si bien es cierto que dicha incorporación será causa directa de una posible exclusión del militar afectado de un curso de formación o de perfeccionamiento, decidiendo de forma directa el fondo de asunto, también lo es que

dicho eventual efecto, no se producirá hasta un momento posterior, circunstancia que difiere los efectos de dicha incorporación a una decisión administrativa posterior, limitando su efecto directo en el momento el que el interesado recibe la comunicación del positivo.

Dicho lo anterior, cabe afirmar que en aquellos casos en los que las comunicaciones de los resultados positivos a consumo de drogas, practicadas a los interesados, contengan otras decisiones de efecto directo fundamentadas en la existencia de dichos positivos, las mismas han de considerarse un acto de trámite cualificado y, por tanto, susceptible de recurso, abriéndose la posibilidad de entrar a revisar la legitimidad de dicho resultado positivo sin dilatar dicho momento a la incoación de un procedimiento disciplinario.

4. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA: ASPECTOS GENERALES Y APLICACIÓN EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

*Alfonso López-Casamayor Justicia
Capitán auditor*

SUMARIO: 1. Antecedentes de la orden europea de detención y entrega. 2. Aspectos generales. 3. Ámbito de aplicación. 4. Diferencias respecto a la extradición. 5. Conclusiones.

RESUMEN: la orden europea de detención y entrega constituye el punto de partida a toda una nueva generación de instrumentos de cooperación penal internacional en el ámbito de la Unión Europea que supone, pese a sus limitaciones y obstáculos derivados de su plena implantación, una auténtica revolución basada en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal entre los distintos Estados miembros.

El presente trabajo pretende realizar una primera aproximación a esta figura a través del estudio de sus caracteres esenciales y circunstancias que dieron lugar a su implantación, con especial referencia a la relevancia que tiene en relación con su aplicación al ámbito de la jurisdicción militar.

1. ANTECEDENTES DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

El proceso de integración europea tiene su reflejo en los más variados ámbitos, que abarcan desde el puramente económico y comercial, apreciable desde el génesis de la construcción europea y manifestado en los tratados constitutivos de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero y la Comunidad Económica Europea, hasta otras esferas que trascienden aquel y encuentran sustento en la existencia de una comunidad de derechos y valores compartidos.

Es en este último espacio donde ha de incardinarse la cooperación judicial, especialmente en materia penal, ámbito caracterizado por su profunda conexión

con la idea de soberanía y en el que desgraciadamente han sido frecuentes las desconfianzas y desencuentros entre los distintos Estados. En consecuencia, los acercamientos en la materia han sido paulatinos, partiendo del régimen general existente en el ámbito del Derecho internacional basado en la celebración de tratados internacionales (fundamentalmente estableciendo acuerdos de extradición y asistencia para actuaciones concretas) hasta alcanzar el objetivo de implantar instrumentos ágiles y eficaces de cooperación en el seno de la Unión Europea.

Si bien desde una etapa muy temprana ya se alcanzaron acuerdos a este respecto, tanto en el seno del Consejo de Europa (Convenio Europeo de Extradición, en París, el 13 de diciembre de 1957 y el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, en Estrasburgo, el 20 de abril de 1959), como en las propias comunidades europeas, recogiendo referencias a la cooperación judicial en el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht, no puede apreciarse la existencia de un verdadero cambio de paradigma hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 1997. Esta norma prevé la implantación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia mediante la aproximación de las normativas nacionales y el reconocimiento recíproco de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales de los distintos Estados miembros, constituyendo la base de toda la regulación de desarrollo en materia de cooperación judicial civil y penal aprobada con posterioridad.

El siguiente gran avance tiene lugar durante el Consejo Europeo de Tampere, que siguiendo la senda marcada por el Tratado de Ámsterdam, recoge en sus conclusiones¹ la voluntad del Consejo de configurar el principio del reconocimiento mutuo como elemento central de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. Como reflejo de la voluntad expresada, en un lapso breve de tiempo se aprueba el Convenio de Bruselas de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 29 de mayo de 2000 y se crean Eurojust y la Red Judicial Europea como instrumentos de cooperación judicial y policial.

Estos principios se plasman definitivamente en el Tratado de Funcionamiento de la UE, que tras la desaparición de la estructura en pilares establecida luego del Tratado de la Unión Europea, en su artículo 82 (esto es, dentro del título V «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», capítulo 4 «Cooperación Judicial en Materia Penal» preceptúa que «La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

Este precepto se refleja en sucesivas decisiones marco emanadas del consejo, la primera de ellas la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI).

¹ Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 octubre 1999). Conclusiones de la presidencia. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

En España, la incorporación de dicha Decisión Marco al ordenamiento interno se lleva a cabo mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, complementada por la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo. Dicha decisión marco es sucedida de un gran número de normas reguladoras de otras tantas figuras derivadas del principio de confianza y reconocimiento mutuo, incorporadas a nuestro derecho mediante modificaciones normativas singulares hasta la promulgación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación.

Esta ley acoge en un solo texto normativo la totalidad de la regulación derivada de las decisiones marco de la UE en la materia², tanto las preexistentes, como las pendientes de trasposición, así como de la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, facilitando su acceso al seguir un esquema común para cada una de ellas (normas comunes, autoridad competente y procedimiento de ejecución) y evitando la profusión normativa que se haría necesaria de mantener el sistema anterior de trasposición individual.

En concreto, es en su título II donde se establece una regulación completa de la orden europea de detención y entrega, sustituyendo y actualizando el régimen recogido en la Ley 3/2003, de 14 de marzo. Asimismo, la Ley 23/2014 va acompañada de la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial a efectos de competencia.

Por último, la Ley 23/2014 es objeto de modificación por la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se procede a la trasposición al ordenamiento interno de la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, reguladora la orden europea de investigación en materia penal, se llevan a cabo modificaciones puntuales derivadas de la puesta en práctica de aquella.

² Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, por un proceso de entrega dotado de mayor rapidez y seguridad jurídica.

Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas.

Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

2. ASPECTOS GENERALES

2.1. Concepto y naturaleza

La orden europea de detención y entrega se define en el artículo 34 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, que reproduce a su vez la definición plasmada en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002 (2002/584/JAI) configurándose como una:

«resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores»

Se caracteriza por su ámbito, circunscrito a la Unión Europea y su finalidad, consistente en la reclamación de entrega para enjuiciamiento penal o ejecución de la pena ya impuesta, con el fin de facilitar la persecución del delito y evitar la impunidad, de una forma más rápida y eficaz que los procedimientos tradicionales de extradición, basándose en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales entre los Estados miembros de la UE.

En lo que a su naturaleza jurídica se refiere, nos encontramos ante un procedimiento esencialmente judicial, dado que, tanto la autoridad que formula la orden, como la que lo recibe, ostentan carácter jurisdiccional, que requiere para prosperar una resolución jurisdiccional de incoación de procedimiento penal o imposición de condena. Su tramitación consiste en un mero control formal que solo permite su denegación por causas tasadas.

2.2. Fundamento y caracteres

Como se ha señalado con anterioridad, la orden europea de detención y entrega se construye sobre la idea del mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales, incorporado al derecho originario de la UE a partir del Tratado de Ámsterdam y del que la Euroorden. Constituye la primera plasmación práctica. Esta nota es esencial y representa el *leit motiv* de esta figura de cooperación, manifestándose en la exclusión de cualquier participación en la toma de decisiones de instituciones u organismos ajenos al ámbito estrictamente judicial, limitándose a una actuación de carácter instrumental de estos, si fuere necesario.

No resulta preceptivo ningún otro acto de autorización o decisión de carácter político, a diferencia de la extradición, si bien el reconocimiento no es absolutamente automático, ya que en este caso no cabría otra causa de denegación que las relativas a la competencia del órgano requirente. No siendo así, nos encontramos ante un límite al principio general de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales, si bien ello no obedece como podría pensarse a la desconfianza entre los Estados miembros, sino a la esencia misma de la orden europea de de-

tención y entrega, circunscrita a un ámbito concreto y que solo se otorga de manera incondicionada respecto de un catálogo cerrado de delitos, siendo limitada respecto del resto.

Por otra parte, la orden europea se caracteriza por diversas notas. Junto con su carácter judicial anteriormente expuesto, la Euroorden se caracteriza por su contenido, que comprende la búsqueda, detención y entrega de una persona al órgano requirente. La forma de llevar a cabo la solicitud difiere en la decisión marco³ según el paradero de aquel sea conocido o no. En el primer caso, la orden se dirige directamente al órgano judicial requerido, mientras que en el segundo se llevará a efecto a través del Sistema de Información Schengen, otorgándole efecto equivalente a la orden de detención.

Junto con lo anterior, es preciso destacar las notas características de su tramitación. La orden europea de detención y entrega es un procedimiento judicial armonizado, flexible y sometido al principio de celeridad.

En primer lugar, se trata de un instrumento armonizado en la medida en que la propia decisión marco establece los modelos sencillos de formularios a cumplimentar por las distintas instancias judiciales intervinientes a efectos de facilitar su tramitación y resolución. Estos formularios se incorporan y desarrollan en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea para cada uno de los procedimientos de cooperación previstos en la misma.

Es, asimismo, un procedimiento flexible, que prevé alternativas a la entrega, tales como el traslado consentido por parte del detenido o la entrega temporal (artículos 50 y 52 de la Ley 23/2014)

Está sometido al principio de celeridad, como valor añadido frente al procedimiento tradicional de extradición, que se refleja fundamentalmente en el establecimiento de plazos breves para contestar y resolver, que no podrá exceder de noventa días (artículo 54) y en el carácter preferente de los recursos que se interpongan contra las resoluciones adoptadas.

Por último, como no podía ser de otra forma, derivándose de la existencia de un espacio de libertad y seguridad, pero también de justicia, se trata de un procedimiento ágil pero garantista, que presta especial atención a evitar cualquier vulneración de derechos fundamentales del detenido, haciéndose referencia ex-

³ Artículo 9. Transmisión de una orden de detención europea:

«1. Cuando se conozca el paradero de la persona buscada, la autoridad judicial emisora podrá comunicar directamente a la autoridad judicial de ejecución la orden de detención europea.

2. La autoridad judicial emisora podrá decidir, en cualquier circunstancia, introducir una descripción de la persona buscada en el Sistema de Información de Schengen (SIS).

3. Dicha descripción se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes de 19 de junio de 1990. Una descripción en el SIS equivaldrá a una orden de detención europea acompañada de la información que figura en el apartado 1 del artículo 8.

Con carácter provisional, hasta el momento en que el SIS tenga capacidad para transmitir toda la información que figura en el artículo 8, la descripción equivaldrá a una orden de detención europea hasta que la autoridad judicial de ejecución reciba el original en buena y debida forma».

presa, entre otros, al derecho a la asistencia letrada, a ser oído en el procedimiento y derecho a ser informado sobre las causas y demás particulares que dan origen a la detención.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Una vez expuestos los aspectos generales que definen la orden europea de detención y entrega, resulta esencial para comprender su alcance, concretar su ámbito de aplicación de carácter material, espacial y temporal.

3.1. Ámbito material

La determinación del ámbito material de la Euroorden supuso desde el inicio el principal obstáculo desde su implantación, al implicar uno de los fundamentales avances respecto de la figura de la extradición, que presenta la aplicación del principio de doble tipificación como nota definitoria. Dicho requisito exige que la conducta perseguida en virtud de la cual se solicita la entrega se encuentre descrita como delito en la legislación del Estado requirente y requerido. La orden europea de detención y entrega instaura a este respecto un sistema mixto que distingue entre dos supuestos.

El primero, el artículo 2 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, en su segundo párrafo (y a su vez en nuestro ordenamiento interno, artículo 20 de la Ley 23/2014,) recoge una lista cerrada de delitos respecto de los cuales no resulta exigible el principio de doble tipificación, siempre que en el ordenamiento del Estado requirente se halle castigado con pena privativa de libertad superior a tres años. En tales casos, el Estado requerido deberá atender la petición con independencia de si esta tiene por objeto el enjuiciamiento o la ejecución de la condena impuesta, en tanto no concurra alguna de las causas obligatorias o facultativas de denegación previstas en la ley y decisión marco.

Tales delitos son los siguientes: pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude (incluido el que afecte a los intereses financieros de las comunidades europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de estas), blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda (incluida la falsificación del euro), delitos de alta tecnología (en particular delito informático), delitos contra el medio ambiente (incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas), ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robos organizados o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de

mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques, sabotaje.

Esta lista de delitos podrá ser objeto de ampliación por acuerdo del consejo por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

Por su parte, si el delito que se trate no aparece incluido en la relación anterior, el régimen varía sustancialmente. En primer lugar, el Estado requerido podrá condicionar la entrega a la concurrencia del requisito de la doble tipificación, previo control por la autoridad judicial encargada de la ejecución de la orden, atendiendo al contenido del tipo y sin que en ningún caso requiera la absoluta identidad de términos en ambas legislaciones. Ello supone una limitación a la operatividad de la Euroorden y ha sido uno de las principales causas de crítica por parte de la doctrina y operadores jurídicos, pero, al mismo tiempo, constituye —a mi juicio— un incentivo adicional para los Estados miembros para que avancen en la línea de la armonización legislativa a fin de aprovechar al máximo las ventajas que este instrumento de cooperación pone a su alcance.

A mayores de este requisito de la doble tipificación, para los delitos no incluidos en el listado anterior, se exige una pena mínima para la conducta de que se trate, que variará en función del objeto de la orden: doce meses de privación de libertad si su propósito es el enjuiciamiento y cuatro meses si se dirige a la ejecución de la pena impuesta (artículo 2.1 de la decisión marco)

Sera causa de denegación de la solicitud de detención y entrega que la pena a imponer no alcance estos límites mínimos.

3.2. **Ámbito espacial**

En cuanto a su ámbito espacial de aplicación, al tratarse de un instrumento de cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión Europea, este se circunscribe por definición al territorio de aquella y se aplica, únicamente, entre los Estados miembros.

No obstante, una vez implantada y a la vista de las visibles ventajas que esta figura comporta, Islandia y Noruega, que a pesar de ser Estados terceros respecto de la Unión, forman parte del espacio Schengen, exteriorizaron su interés en ser incluidos dentro de su ámbito de aplicación, perfeccionándose su participación mediante acuerdo celebrado el 28 de junio de 2006⁴.

⁴ Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega. Declaraciones. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:22006A1021\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:22006A1021(01)&from=ES)

3.3. **Ámbito temporal**

La creación de la Orden europea de detención y entrega se lleva a cabo mediante la aprobación de una decisión marco en el contexto del tercer pilar, relativo a asuntos de cooperación en materia de justicia e interior.

La figura de la decisión marco era un instrumento normativo similar a la directiva introducido en el Tratado de Ámsterdam para la regulación de estas materias y que subsiste hasta el Tratado de Lisboa. Al igual que las directivas, no se trata de una norma directamente aplicable, sino que requiere la previa incorporación a los ordenamientos nacionales mediante la trasposición dentro del plazo concedido para ello. La propia decisión marco fijaba como fecha límite para su trasposición en su artículo 34.1 el 31 de diciembre de 2003.

4. **DIFERENCIAS RESPECTO A LA EXTRADICIÓN**

Frente al sistema de extradición preexistente que regía la detención y entrega de personas entre los diferentes Estados miembros, la orden europea de detención y entrega ha supuesto, como se ha manifestado anteriormente, un extraordinario avance en materia de cooperación penal internacional. Dicho sistema no es incompatible con la Euroorden, manteniéndose vigente frente a terceros Estados y entre los propios Estados que formen parte de la UE, que pueden alcanzar acuerdos específicos al margen de lo previsto en la decisión marco. Sin embargo, ambas figuras, pese a compartir una finalidad común, presentan notables diferencias que se exponen a continuación.

La orden europea de detención y entrega constituye la plasmación práctica de un principio reconocido en los tratados constitutivos de la Unión Europea, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y su aplicación se deriva de la incorporación al ordenamiento español de un instrumento normativo comunitario.

La trasposición al ordenamiento interno de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, no es una cuestión dispositiva para el Estado español, en la que aparece como una conducta debida derivada de la inclusión del derecho de la Unión Europea dentro de nuestro sistema de fuentes y de los compromisos derivados del ingreso de España en la UE. Por el contrario, la extradición es una figura convencional, derivada de la celebración de tratados internacionales bilaterales o multilaterales, basada en el principio de reciprocidad y cuyo incumplimiento únicamente puede dar lugar a responsabilidad internacional cuando concurren los requisitos para ello.

La Euroorden supone asimismo un cambio de paradigma en cuanto a los principios que tradicionalmente configuran la extradición. En relación con esta cuestión, ocupa un lugar destacado la matización en la aplicación del principio de doble tipificación. Este principio ha constituido uno de los requisitos fundamentales y característicos de la extradición, pero como ha quedado expuesto ante-

riormente, este no resulta exigible al listado de delitos del artículo 2 de la decisión marco y tampoco constituye una causa indisponible de denegación respecto del resto de delitos. Ello representa, sin duda, a la mayor celeridad en la tramitación, si bien el listado de delitos recogidos en el artículo 2.2 son conductas plenamente asentadas y armonizadas en los ordenamientos de los Estados miembros, por lo que el requisito de la doble tipificación resulta innecesario en la práctica.

A su vez, la prohibición de entrega de nacionales, también tradicional de la extradición, desaparece en la orden europea de detención y entrega. Este requisito aparece generalmente en todos los convenios de extradición como causa de denegación y viene recogido expresamente en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. La decisión marco y por extensión la Ley 23/2014 no lo establecen como causa de denegación obligatoria de entrega, aunque sí de carácter facultativo condicionado. Ello implica, según el artículo 4.6⁵ de la decisión marco, que el Estado requerido puede denegar la entrega, bajo la condición de proceder por sí mismo a la ejecución de la condena respecto en la que se solicita la detención y entrega.

En tercer lugar, ello supone un matiz esencial en lo que, a la jurisdicción militar, que no permite el enjuiciamiento en rebeldía, según la Ley Orgánica 2/1989,

⁵ «Artículo 4. Motivos de no ejecución facultativa de la orden de detención europea

La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea:

1) cuando, en uno de los casos citados en el apartado 4 del artículo 2, los hechos que motiven la orden de detención europea no fueren constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución; no obstante, en materia de tasas e impuesto, de aduana y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la orden de detención europea por el motivo de que la legislación del Estado miembro de ejecución no imponga el mismo tipo de tasas o de impuestos o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de tasas o impuestos, de aduana y de cambio que la legislación del Estado miembro emisor;

2) cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea esté sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motive la orden de detención europea;

3) cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido, o bien no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la orden de detención europea, o bien concluir, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales;

4) cuando haya prescrito el delito o la pena con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución y los hechos sean competencia de dicho Estado miembro según su propio Derecho penal;

5) cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena;

6) cuando la orden de detención europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno;

7) cuando la orden de detención europea contemple infracciones que:

a) el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo;

b) se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio».

de 13 de abril Procesal Militar, la Euroorden no recoge cláusula general de exclusión respecto a los delitos políticos y militares.

Esta causa de prohibición se recoge por vez primera en el Convenio Europeo de Extradición celebrado en 1957 y a partir de entonces se reproduce en muchos otros acuerdos de extradición de carácter bilateral y multilateral. El motivo de incluir dicha cláusula se justificaba en la conexión entre tales delitos y la represión política en regímenes no democráticos, evitando así que mediante la extradición dicha represión se extendiera a los opositores forzados a huir de su país por razones políticas. La incorporación de una causa de exclusión de estas características carece de sentido en el ámbito de la Unión Europea, integrada por Estados democráticos en los que el respeto al Estado de derecho ocupa un lugar absolutamente principal.

Como puede apreciarse, la no inclusión en la decisión marco reguladora de la orden europea de detención y entrega de una causa general de exclusión de estas características convierte este instrumento en una herramienta de gran valor en el ejercicio de la jurisdicción militar.

Hasta la fecha de entrada en vigor de la Euroorden, no existía instrumento alguno de cooperación penal internacional en vigor que permitiera a España solicitar la entrega de una persona con el fin de enjuiciar o ejecutar una condena impuesta por un órgano judicial militar por un delito de este carácter.

Ello se predica respecto de la extradición activa, regulada en nuestro país en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, dentro de su libro IV, título VI, bajo la rúbrica «Del procedimiento para la extradición» (artículos 824 y *ss.*), toda vez que de acuerdo con su artículo 827 el mismo se someterá a lo dispuesto en los tratados internacionales de extradición celebrados con el Estado requerido (y que incorporan, como antes se ha expuesto, la causa general de denegación de entrega por delitos políticos y militares), en su defecto a «derecho escrito o consuetudinario vigente en el territorio a cuya nación se pida la extradición» y subsidiariamente al principio de reciprocidad.

La misma situación se plantea respecto de la extradición pasiva, cuya regulación viene recogida en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva y que excluye de forma terminante la entrega por delitos políticos y militares en su artículo 4⁶.

⁶ Artículo cuarto.

«No se concederá la extradición en los casos siguientes:

1.º Cuando se trate de delitos de carácter político, no considerándose como tales los actos de terrorismo; los crímenes contra la Humanidad previstos por el Convenio para la prevención y penalización del crimen de genocidio adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ni el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.

2.º Cuando se trate de delitos militares tipificados por la legislación española y sin perjuicio de lo establecido al respecto en los Convenios internacionales suscritos y ratificados por España; de los cometidos a través de los medios de comunicación social en el ejercicio de la libertad de expresión y de los que sólo son perseguibles a instancia de parte, con excepción de los delitos de violación, estupro, raptó y abusos deshonestos.

3.º Cuando la persona reclamada deba ser juzgada por un Tribunal de excepción.

Esta regulación cambia radicalmente en la orden europea de detención y entrega, dado que la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 no incorpora cláusula general de exclusión fundada en el carácter político y militar del delito. Esta norma se limita a distinguir, a efectos de denegación, entre causas obligatorias y facultativas, reguladas en los artículos 4 y 5 de la decisión marco y reproducidas en los artículos 48 y 49 de la Ley 23/2014.

Ello supone, *sensu contrario*, que es posible formular una orden europea de detención y entrega por un delito militar a otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que concurran los requisitos siguientes:

- Que dicho delito se encuentre a su vez tipificado en el ordenamiento interno del Estado miembro requerido, toda vez que los delitos militares no se encuentran recogidos en el listado del artículo 2.2 de la decisión marco, respecto de los cuales no es preciso llevar a cabo control previo de doble tipificación.
- Que el delito por el que se solicita la entrega este castigado en el derecho español con pena mínima doce meses de privación de libertad o medida de seguridad del mismo carácter, o de cuatro meses cuando tenga por objeto el cumplimiento de la condena (artículo 2.1 de la decisión marco)
- Que no concurra ninguna de las causas obligatorias o facultativas de denegación anteriormente referidas.

Finalmente, para concluir, la orden europea de detención y entrega presenta importantes diferencias procedimentales respecto a la extradición.

Tales diferencias se refieren de forma destacada a su contenido, toda vez que la Euroorden comprende de manera integrada la solicitud de búsqueda, detención y entrega de una persona determinada, a diferencia de la extradición en la que se identifican dos momentos claramente diferenciados: la orden de detención internacional operada a través de mecanismos internacionales, concretamente la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) y una vez que la persona es aprehendida por las autoridades nacionales, la solicitud internacional de extradición en sentido estricto.

4.º *Cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal, conforme a la legislación española o la del Estado requirente.*

5.º *Cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos que sirvan de base a la solicitud de extradición. Podrá, no obstante, accederse a ésta cuando se hubiere decidido no entablar persecución o poner fin al procedimiento pendiente por los referidos hechos y no haya tenido lugar por sobreseimiento libre o cualquier otra resolución que deba producir el efecto de cosa juzgada.*

6.º *Cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.*

7.º *Cuando el Estado requirente no hubiera dado las garantías exigidas en el párrafo 3.º del artículo segundo.*

8.º *Cuando a la persona reclamada le hubiere sido reconocida la condición de asilado. El no reconocimiento de la condición de asilado, cualquiera que sea su causa, no impedirá la denegación de la extradición por cualquiera de las causas previstas en esta Ley».*

A su vez, la Euroorden es un procedimiento sustancialmente más ágil y rápido que la extradición. Ello se deriva de diferentes factores, algunos ya expuestos con anterioridad, como el carácter esencialmente judicial del procedimiento, incorporación de formularios armonizados en las comunicaciones entre los órganos intervinientes o la implantación de plazos tasados de tramitación y resolución.

5. CONCLUSIONES

La orden europea de detención y entrega constituye un extraordinario avance en la integración europea, basado en el principio de confianza recíproca y reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Este procedimiento presenta evidentes ventajas frente a la extradición tradicional, caracterizándose por su carácter esencialmente judicial, la celeridad en su tramitación y la denegación por causas tasadas.

Debido a los principios que la inspiran y que difieren de los que caracterizan a la extradición, la Euroorden no incorpora requisitos tradicionales de esta, tales como la doble tipificación, la prohibición de entrega de nacionales o por delitos políticos o militares y se configura como una herramienta novedosa y de gran utilidad al servicio de la jurisdicción militar, debido a la tradicional exclusión de los delitos de su competencia en los instrumentos de cooperación penal internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Collantes Gonzáles, J. L. C. (2003). La orden de detención europea (Euroorden) y la supresión del sistema de extradición entre los estados de la Unión Europea. *Derecho & Sociedad*, 20, pp. 312-321. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17325>
- España. (1985). Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición pasiva. *Boletín Oficial del Estado*. 26 de marzo. BOE n.º 73.
- España. (2014). Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. *Boletín Oficial del Estado*. 21 de noviembre. BOE n.º 282.
- Francisco, D. M. (2006). De la extradición a la Orden de Detención y Entrega; primer instrumento de cooperación judicial en materia penal en el ámbito de la Unión Europea. *Cuadernos de Derecho Público*.
- López, S. C. R. (2003). Cooperación judicial internacional. Extradición y euroorden. *Revista General de Derecho Procesal*, 2, p. 2.
- Unión Europea. (2002). Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI). *Diario oficial de la Unión Europea*. 18 de julio. DOUE n.º 190.



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE DEFENSA

SUBSECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL