

ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR

4



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA



MINISTERIO DE DEFENSA

A stylized, light gray illustration of Lady Justice, the personification of the law. She is depicted from the waist up, wearing a blindfold and holding a pair of scales in her right hand and a sword in her left. The background is white.

ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR

Número 4
Enero 2021



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



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

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

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2022

NIPO: 083-16-399-X (edición impresa)

ISSN 2531-2316 (edición impresa)

NIPO 083-16-400-2 (edición en línea)

ISSN 2531-2324 (edición en línea)

Depósito legal M 33563-2016

Fecha de edición: febrero de 2023

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

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

En esta edición se ha utilizado papel 100% libre de cloro procedente de bosques gestionados de forma sostenible.

ÍNDICE

El patrimonio cultural de la Defensa	9
<i>Arturo Romaní Sancho</i>	
I. ¿Qué es el patrimonio cultural de la Defensa?	9
II. ¿Qué compone el patrimonio cultural de Defensa?	11
III. ¿Quién lo gestiona?	12
IV. El patrimonio cultural inmaterial	13
V. El patrimonio histórico inmueble	15
VI. El patrimonio museístico y de muebles en general	19
VII. Patrimonio documental de la Defensa	21
VIII. El patrimonio bibliográfico	25
IX. Conclusión	26
Así nació la Legión (antecedentes históricos y jurídicos)	27
<i>Luis María Cazorla Prieto</i>	
I. Introducción	27
II. Ni colonias ni ejército colonial	30
III. La necesidad de contar con un ejército colonial va abriéndose paso. Las fuerzas regulares indígenas	35
1. La nueva realidad llama a la puerta	35
2. Las fuerzas regulares indígenas: sí, pero... ..	36
3. Un proyecto en busca de quien lo encarne: el teniente coronel Dámaso Berenguer Fusté	40

IV. Prolegómenos de la creación del Tercio de Extranjeros	42
1. Los vaivenes del proyecto de organización de un ejército colonial	42
2. Proyectos y más proyectos en manos de ministros y más ministros	45
V. El proyecto de creación del Tercio de Extranjeros se antropomorfa en José Millán Astray.....	48
1. El hombre indicado en el momento oportuno.....	48
2. El viaje a Argelia.....	51
3. La oposición que no cesa.....	54
4. Millán Astray se sobrepone y consigue definitivamente su objetivo	59
VI. Por fin, el Real Decreto de 23 de agosto de 1920 y las subsiguientes disposiciones	66
VII. Millán Astray lo ha conseguido.....	68
Institución militar y derecho. Una perspectiva histórica.....	71
<i>José Alberto Fernández Rodera</i>	
Bibliografía.....	77
El derecho premial militar español. Perspectiva actual.....	81
<i>Jaime Domínguez Buj</i>	
I. Bases del derecho premial militar español	82
II. Su materialización: las recompensas militares	83
III. Recompensas por servicios distinguidos	83
IV. Recompensas al valor	85
V. Recompensas a la trayectoria militar	90
La OTAN, de dónde viene, dónde está y a dónde va.....	93
<i>Francisco de Paula Bisbal Pons</i>	
I. La OTAN, ¿de dónde viene?	93
II. ¿Dónde está ahora?.....	99
III. ¿A dónde vamos?.....	101
IV. ¿Cómo encara España su futuro dentro de la OTAN?.....	104
La metamorfosis del <i>ius puniendi</i>	107
<i>Jacobo Barja de Quiroga</i>	
I. Necesidad del cambio.....	107
II. La Posición del Derecho Penal	109
1. Introducción.....	109
2. Consecuencias.....	110

III. Nueva forma de tipificación de conductas.....	112
1. Leyes penales en blanco.....	112
2. Los delitos de peligro abstracto.....	113
3. Determinación del bien jurídico.....	114
3.1. <i>Individualistas</i>	114
3.2. <i>Colectivistas</i>	115
4. Adelantamiento de la punibilidad.....	117
IV. Ampliación del derecho penal a nuevas conductas.....	117
1. El derecho penal simbólico.....	117
2. El derecho penal del enemigo.....	118
V. Reelaboración del sistema de imputación	119
1. Introducción.....	119
2. El riesgo permitido.....	120
3. El principio de confianza	121
4. La autopuesta en peligro.....	122
5. La delegación de la posición de garante	124
VI. Problemas con el sistema de imputación.....	125
VII. Aspectos problemáticos del proceso	130
1. Aspectos problemáticos de la prueba: los principios <i>in dubio pro reo</i> y <i>non bis in idem</i>	130
2. La necesaria reforma procesal	142
2.1. <i>Líneas generales</i>	142
2.1.1. La autoridad investigadora.....	142
2.1.2. Principio de oportunidad y sus derivaciones.....	143
2.1.3. Las diligencias de investigación.....	143
2.1.4. Revisión de la regulación del juicio oral.....	144
2.1.5. Vaciado del juicio oral	144
2.1.6. Régimen de recursos	147
2.2. <i>El ámbito castrense</i>	147
2.2.1. Ámbitos penal y procesal penal.....	147
2.2.2. Ámbito sancionador	156

EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA DEFENSA

Conferencia pronunciada por
el Excmo. Sr. D. Arturo Romani
Sancho en la Sección de
Derecho Militar
de la Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación el 4
de diciembre de 2019

El Ministerio de Defensa atesora un patrimonio cultural de excepcional valor, asombrosa variedad y de enorme tamaño. Creo que muchas de sus partes son muy bien conocidas y valoradas, pero igualmente creo que es desconocida la visión global de lo que lo compone, y el mérito de la Institución militar por haberlo formado y conservado, y además difundirlo. Máxime cuando no es esa su labor.

En esta exposición trataremos de delimitar qué es el patrimonio cultural de Defensa, cuál es su composición y quién lo gestiona, junto a una aproximación a su regulación, y expondremos algunos de los retos jurídicos que plantea su gestión actual.

I. ¿Qué es el patrimonio cultural de la Defensa?

Patrimonio cultural de Defensa es el formado por todos aquellos elementos con interés cultural, de cualquier naturaleza (artístico, histórico, arqueológico, etnográfico, científico...) adscritos a algún órgano del Ministerio de Defensa. Es un

patrimonio que se define por su adscripción, no por su naturaleza. No es patrimonio cultural de Defensa aquello de interés cultural que está relacionado con las Fuerzas Armadas en el ejercicio de su función de defensa nacional. Armamento, uniformes, embarcaciones, aeronaves, carros de combate. Pues no, como veremos está compuesto por bienes de toda naturaleza: 10.000 instrumentos científicos, como el microscopio del capitán Ramón y Cajal, o 1.600 bienes de patrimonio etnográfico, fruto de las expediciones, descubrimiento de nuevas tierras y expansión colonial.

Esta amplitud de contenidos junto con el evidente protagonismo que nuestros ejércitos han tenido en muy diferentes ámbitos de nuestra sociedad hace que el patrimonio cultural de Defensa sea un valiosísimo instrumento para conocer la propia historia de España. En muchos ámbitos científicos, por ejemplo, la evolución de la disciplina ha tenido su epicentro en lo militar, así aviación, medicina, farmacia, veterinaria, cartografía, astronomía, y tantos otros.

La dedicación constante y el celo de los Ejércitos y la Armada, y del Ministerio de Defensa en cuidar este tesoro ha permitido cumplir con el mandato del artículo 1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985: protegerlo, acrecentarlo y transmitirlo a las generaciones futuras. Pero, además, contribuye a que varios de los principios regulados en el capítulo tercero del título primero de la Constitución Española se hagan más efectivos: artículo 44 «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho», y artículo 46 «y garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España».

No hay que mezclar patrimonio cultural de Defensa con un término parecido, cultura de defensa, cuya definición formal es el conjunto de conocimientos que permite a las personas desarrollar juicios u opiniones sobre los instrumentos con que el Estado protege a los ciudadanos de determinados peligros, siendo las Fuerzas Armadas uno de los instrumentos más importantes. Es decir, conocer la función que las Fuerzas Armadas desempeñan en la sociedad y valorar su importancia. Nada tienen que ver, primariamente, ya sabemos que al final todo está relacionado.

Volviendo a la nota definitoria de la adscripción, vemos cómo en el patrimonio cultural de Defensa se encuentran muchos elementos que no guardan aparente relación con la defensa, y muchos que sí la guardan no están adscritos a Defensa. Recordemos el caso de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes hundida en 1804, como consecuencia de un enfrentamiento con la Armada británica, y que la empresa cazatesoros norteamericana Odyssey encontró en aguas internacionales. De los hallazgos destaca un cargamento de monedas de oro que procedían de Perú.

El tesoro fue desembarcado en Gibraltar y llevado a Estados Unidos. No solo la empresa, sino también el Estado peruano y los herederos de los propietarios de la carga reclamaban su propiedad, además de España. A lo largo de todo el

conflicto la empresa actuó con una falta de transparencia destacable acerca de la identificación del pecio (el cisne negro según Odyssey), su localización y su carga. La justicia norteamericana conoció del asunto, y resolvió que el tesoro debía ser entregado a España. Pero no con fundamento en las normas internacionales sobre patrimonio arqueológico subacuático sino simplemente en que los buques de guerra, como buques de Estado, gozan de la inmunidad propia de los Estados. La fragata y su cargamento están bajo soberanía española y lo expoliado debe devolverse a España. Dos cuestiones interesan aquí: una de las claves en el proceso judicial fue la de identificar que el cisne negro era en realidad la fragata Nuestra Señora de las Mercedes, buque de guerra español. En este punto fue crítica la aportación de documentos procedentes de archivos españoles: del Archivo de Indias, del Archivo General de la Marina Álvaro de Bazán y del Museo Naval. Estos dos últimos forman parte del patrimonio cultural de Defensa y por tanto su formación y conservación por la Armada a lo largo de los tiempos ha sido decisivo para poder recuperar la carga de la Mercedes. Y, por otro lado, aunque se trata de bienes que integraban un buque de guerra, y algunos eran puramente militares como proyectiles o cañones, su retorno no ha sido a Defensa, sino a Cultura a través del Museo Nacional de Arqueología Subacuática de Cartagena. Lo mismo que los siete cascos celtíberos expoliados que vuelven a España esta semana.

Por lo tanto, primera conclusión: no es lo mismo patrimonio cultural de Defensa que patrimonio histórico militar. Un cañón de La Mercedes no es patrimonio cultural de Defensa y un retrato de Fernando VII de Goya sí (el del Cuartel General del Ejército de Tierra). Aquí nos referiremos al primero, a los bienes culturales adscritos a Defensa, de cuya gestión es responsable.

II. ¿Qué compone el patrimonio cultural de Defensa?

Más allá de la clasificación de los bienes del patrimonio que recoge la Ley de Patrimonio Histórico Español o algunos manuales, utilizaremos una clasificación más sencilla, pero que nos permitirá apreciar que el patrimonio cultural de Defensa abarca toda clase de bienes:

1. Bienes tangibles:

1.1 Inmuebles:

Defensa es titular de un enorme patrimonio inmobiliario, de unas 150.000 hectáreas y 2.000 propiedades, de las cuales alrededor de 125 están declaradas formalmente como BIC, y otras 170 aproximadamente cuentan con algún grado legal de protección. Encontramos desde los yacimientos arqueológicos de Atapuerca, el Castillo de los Guzmanes en Tarifa, la Torre del Oro, la Capitanía General de Barcelona, el Alcázar de

Segovia, el Palacio de la Nunciatura de Madrid donde se aloja el Tribunal Eclesiástico de la Rota, el arsenal de Ferrol, o el Cuartel General del Ejército del Aire en Madrid. Verdaderas joyas, de muy diversa naturaleza, de todas las épocas de la historia de España, y todo a lo largo de la geografía española.

1.2 Muebles:

- Unos dos millones de fondos bibliográficos, libros fundamentalmente.
- Más de 150 kilómetros lineales de documentos en archivos.
- Existen unos 150.000 bienes inventariados de diversa naturaleza, situados en museos, colecciones museográficas, UCO (unidades, centros y organismos). Así, encontramos tapices, fotografías, uniformes, motores, pinturas, aviones, globos celestes, reglas, banderas, ídolos, tarjetas postales. Y objetos tan pintorescos como cazoletas de pipas de fumar, braseros, un cuenco chino de la Dinastía Ming o un hacha de cortar cabezas del pueblo kalinga de Filipinas.

Esto por lo que respecta a los bienes tangibles (dicho rápido, inmuebles, bibliotecas, archivos, resto de muebles). Pero ¿y los bienes intangibles? ¿Hay? No tengo duda alguna de que las Fuerzas Armadas atesoran un patrimonio inmaterial de enormes proporciones, lo veremos.

III. ¿Quién lo gestiona?

Debemos distinguir el ámbito funcional y orgánico, como es habitual en el Ministerio de Defensa. Esencialmente la competencia funcional sobre inmuebles recae en la Secretaría de Estado, y sobre el resto en la Subsecretaría.

No debe pasar desapercibido que, en la última redacción del Real Decreto de estructura del Ministerio de noviembre de 2018, se añaden *nuevas* funciones en el ámbito de la Subsecretaría: en la letra ñ) dirigir la política cultural del Departamento y en la letra o) dirigir y coordinar el Sistema Archivístico de la Defensa, La Red de Bibliotecas de Defensa y la Red de Museos de Defensa. Síntoma inequívoco de la voluntad de que exista una coordinación real desde el Órgano Central en el ámbito cultural. Es responsabilidad de la Subdirección de Patrimonio Cultural y Publicaciones de la Secretaría General Técnica, que además tiene la gestión directa de la Biblioteca Centro de Documentación de Defensa, el Archivo Central del Ministerio de Defensa y el Archivo General e Histórico de Defensa. En el Órgano Central también hay UCO con bienes de interés histórico adscritos, como la colección museográfica de Veterinaria Militar en el Centro Militar de Veterinaria de la Defensa en Madrid.

En los Ejércitos y la Armada, los jefes de Estado Mayor disponen de un órgano de asistencia en materia de cultura, historia militar y publicaciones, con dependencia directa, y que se sitúa en el ámbito del Cuartel General.

Según el Real Decreto de 2014, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas, y la Orden Ministerial que lo desarrolla son el Instituto de Historia y Cultura Militar en el Ejército de Tierra, el Instituto de Historia y Cultura Naval en la Armada, y el Servicio Histórico y Cultural en el Ejército del Aire. Orgánicamente dependen de ellos los centros específicamente culturales, y funcionalmente las UCO en que hay bienes de interés histórico. La sala histórica del Regimiento «Tercio Viejo de Sicilia» en San Sebastián, una auténtica maravilla, que se puede visitar virtualmente, casi como en vivo, depende funcionalmente del Instituto de Historia y Cultura Militar. El Museo Histórico Militar de Melilla depende orgánicamente, en cambio.

IV. El patrimonio cultural inmaterial

Es evidente que lo cultural trasciende lo puramente material, y no se limita a monumentos y colecciones de objetos. Lo que se llamó en un principio folclore, aunque luego se descartara el término por peyorativo, respondía a la necesidad de atender y proteger las distintas expresiones y tradiciones vivas (si están muertas será patrimonio documental). Rituales, usos sociales, tradiciones orales o actos festivos. La Convención de la UNESCO para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 fue firmada por España y ratificada en 2006. En la actualidad existen inscritos en las listas 470 elementos de 117 países, de los cuales 16 son de España. Algunos de ellos de carácter multinacional, como la cetrería o la dieta mediterránea, y otros de carácter puramente español como las fallas, los castells o el silbo. Algunos inscritos como integrantes del patrimonio cultural inmaterial y otros como buenas prácticas de salvaguardia. Respecto a legislación estatal, esta clase de patrimonio cultural entra de lleno en la Ley de Patrimonio Histórico Español (LPHE) a través de la modificación de su art. 2 por la Ley 10/2015 de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Hasta entonces, solo de forma tibia a través del patrimonio etnográfico tenía cabida.

No obstante, en el ejercicio de sus competencias, todas las comunidades autónomas (CC. AA.) habían ya regulado este hecho, y han ido declarando bienes como ferias, peregrinaciones, cabalgatas, tamborradas, milagros, misterios, cantes, bertsolarismo... y se habla de candidatos como las tapas, los espetos, la relación médico-paciente, el belenismo o la tomatina.

En este punto aprovechamos para analizar las competencias Estado-CC. AA. en cultura, asunto importante. Diremos que las competencias en materia cultural están fundamentalmente en las CC. AA. Las competencias reservadas al Estado son aparentemente muy limitadas:

Artículo 149.1.28.º «Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las CC.AA.».

Lo cierto es que parecía que no había hueco para el Estado fuera de ese literal, y a la vista de la normativa autonómica aparecida tras la LPHE surgió el debate: ¿si cada uno defiende lo suyo, alguien defiende lo español en su conjunto?, ¿existe un ámbito cuya protección corresponda al Estado? (fuera de los casos específicos LPHE).

Y la respuesta fue: sí, con la aprobación de la Ley 10/2015 citada anteriormente.

Con apoyo en:

- El hecho de que este patrimonio no esté representado por un bien material, con una ubicación precisa.
- La existencia de realidades culturales supraautonómicas que merecen protección.
- Una interpretación amplia de las reglas de distribución de competencias en el ámbito cultural, pero con base en el importantísimo 149.2 de la Constitución que, tras la lista del 1, afirma categóricamente que «el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial».
- La doctrina del Tribunal Constitucional en la materia (que encuentra margen en las áreas de preservación del patrimonio cultural común que precisen tratamientos generales).
- Y finalmente y no menos importante, con notable consenso por las CC. AA. Así se dio cabida a la competencia estatal en la declaración de manifestación representativa de patrimonio cultural inmaterial. Del mismo modo que se venía implícitamente a reconocer que en el ámbito de los bienes materiales no hay mucho recorrido.

El Estado, el Consejo de Ministros a través de real decreto, tiene atribuida una función de protección de este patrimonio cultural inmaterial y, de hecho, en junio de este mismo año ha declarado como tal la cultura del esparto y el toque manual de campanas. Si la tradición estuviera inequívocamente localizada en alguna autonomía podría suscitarse conflicto, pero nada impide la doble declaración, incluso la propia norma lo prevé. En todo caso, el art. 12 de la ley atribuye al Estado competencia en caso de manifestaciones asociadas o vinculadas a los servicios públicos de titularidad estatal.

En la lista de patrimonio cultural inmaterial de la UNESCO aparecen siete elementos relacionados con el concepto fuerzas armadas, aunque ninguno como concepto principal sino secundario. Cantos cosacos en Ucrania, torneo de caballería en Croacia, danza de reclutas en Chequia, entre otros... Bien es cierto que la relación con las fuerzas armadas es más intensa en unos casos que en otros.

Sobre la base de lo dicho, ¿no conservan las Fuerzas Armadas de España un importante patrimonio cultural inmaterial? Por supuesto que sí, y muchos ya habrán encontrado ejemplos. No ha habido declaración ni por lo que sé iniciativa, pero si una tradición necesitase protección, ahí está la posibilidad.

Al hablar de patrimonio cultural inmaterial hemos asociado inmediatamente costumbres y tradiciones. Pero no debemos olvidarnos de una manifestación cultural íntimamente ligada a la defensa: la música.

La música militar, de la que seguro que muchos tienen ya en su cabeza pasajes importantes, es una parte fundamental de nuestras Fuerzas Armadas, y la acompaña desde tiempo inmemorial. Contamos incluso con un Cuerpo de Músicas Militares, que forma parte de los Cuerpos Comunes. Es un género musical rico que busca avivar e impulsar las actitudes y sentimientos necesarias para que un soldado y una unidad militar cumpla su misión: disciplina, patriotismo, compañerismo, valor, recuerdo a los caídos, solemnidad, o simplemente distraer del cansancio en marchas interminables cargado de peso, que seguro muchos habrán experimentado.

Apuesto a que todos recordamos bien el tradicional homenaje a los caídos propio de los actos militares. Tras cantar juntos en comunión «La muerte no es el final» llega el toque de oración que culmina en la descarga de fusilería. En ese momento, cuando la gravedad y la emoción están a flor de piel, vuelven los guiones y banderines a formación con una marcha, muchas veces Banderita, que nos devuelve inmediatamente el brío y nos impulsa de nuevo a la acción. Aquí se ve patrimonio histórico español: el toque de oración, cuyo origen se remonta a 1503 y al Gran Capitán. La muerte no es el final, oficial desde 1981 y compuesta por Cesáreo Gabaráin fallecido hace menos de 30 años. Y el pasodoble Banderita, del maestro Alonso, que forma parte de la humorada cómica-lírica en un acto, Las Corsarias, de 1919.

Pues bien, la música militar es patrimonio cultural inmaterial. El flamenco o recientemente el reggae están incluidos en las listas de la UNESCO y también las CC. AA. han reconocido manifestaciones musicales.

V. El patrimonio histórico inmueble

El variadísimo catálogo de inmuebles de Defensa permite remontarse muy atrás en la historia con los hallazgos de Atapuerca, parte de los cuales están dentro del campo de tiro y maniobras de Matagrande, en Burgos. Es fácil apreciar en las imágenes de los primeros trabajos de excavación uniformes y maquinaria militares. Ya era un auténtico tesoro lo hallado, con individuos completos del pleistoceno medio hasta el punto de poder reconstruir todos los huesos del oído, pero además las excavaciones en la zona condujeron por sorpresa hasta el mismísimo homo antecesor del 900.000 a.C. que conecta las poblaciones

europas con los primeros homínidos en África. E incluso se han encontrado restos de 1,2 millones de años a.C. En parte fue gracias al hecho de ser zona militar por lo que los trabajos de cantera, la expansión de tierras de labranza o el boom inmobiliario no terminaron con algunos de los yacimientos. Los hay incluso al aire libre, cosa muy valiosa y muy poco frecuente.

No existe una etapa de la historia de España que no haya dejado su huella en un inmueble de Defensa. Los tres Ejércitos y el Órgano Central tienen inmuebles adscritos de interés histórico. Y los hay en todas y cada una de las CC. AA. y en Ceuta y Melilla, lo que anticipa, como veremos más adelante, lo variado y complejo de su regulación normativa.

En cuanto al nivel de protección jurídica, hay inmuebles declarados bienes de interés cultural o BIC (tanto por ministerio de la ley como expresamente, tanto por el Estado como por una comunidad autónoma), y tanto individualmente como integrando un conjunto monumental. Otros tienen protección en la normativa urbanística local a través de los planes generales y especiales, con toda su complejidad, y la protección la encontramos en todas sus distintas variedades: parcial, integral, estructural, singular... Por ejemplo, el Cuartel General del Estado Mayor de la Defensa (tiene protección a través de la normativa local). En algunos, sin embargo, a pesar de su interés histórico, no consta formalmente protección alguna.

La ocupación es variada también, aparte del Ministerio de Defensa, encontramos consorcios y entes públicos de todas clases, pero también empresas públicas como Navantia en el Arsenal de Ferrol (nadie se puede perder la batería artillera La Cortina) o empresas privadas como General Dynamics en la fábrica de armas de Oviedo y Trubia.

En los usos, además del propiamente militar y de administración militar, encontramos otros como de desarrollo científico (Real Instituto y Observatorio de la Armada), turístico (Cuartel de las Caballerizas Reales en Córdoba), educativo (la Academia General Militar de Zaragoza o el Cuartel de Infantería Sur de Santoña), cultural (Palacio Polentinos de Ávila con el Archivo General Militar de Ávila), Sanitario (Hospital Militar Gómez-Ulla) o religioso (Iglesia del Sacramento en Madrid que es la Iglesia Catedral de las FF. AA.).

Y también recreativo, residencial, industrial además por supuesto de algún caso en que el inmueble se encuentra desocupado, como las murallas merinés de Ceuta o el fuerte de Alfonso XII (San Cristóbal).

En cuanto a competencias culturales sobre estos bienes, veíamos que no había aparente hueco para el Estado en el art. 149 de la Constitución, y sin embargo la LPHE lo encuentra en su art. 6b para el caso de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado, o del Patrimonio Nacional. Evidentemente fue recurrido por varias CC. AA., pero declarado constitucional por la sentencia 17/91 del Tribunal Constitucional.

La cuestión va más allá de la mera competencia para la declaración como BIC, también se trata de todas las relativas a control y supervisión, lo que tiene una enorme trascendencia práctica. Por ejemplo, informes previos a una reforma. Y es que la declaración como BIC de un inmueble impone obligaciones que pueden colisionar con una eficaz prestación de servicio público, particularmente si se alojan unidades operativas.

Pero el reparto competencial es complejo: veamos un caso reciente. Mediante decreto del Gobierno de Canarias en noviembre de 2014, se declaró BIC, como conjunto histórico, el barrio de Los Hoteles-Pino de Oro. Se incluían inmuebles de Defensa: Palacio Militar de la Capitanía, antigua Jefatura de Artillería, Gobierno Militar de Santa Cruz y Jefatura de Intendencia de Tenerife. El Ministerio de Defensa recurrió la declaración sobre la base de un único motivo de impugnación: la falta de competencia autonómica para la declaración de BIC respecto de los inmuebles adscritos a un servicio público gestionado por el Estado. Es decir, se agarraba a la literalidad del art. 6.b de la LPHE. Y el Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimó el recurso en sentencia el 9 de mayo de 2018, que a su vez no fue recurrida.

El tribunal repasa los distintos casos de esta naturaleza resueltos por el Tribunal Supremo, unos en favor de la competencia autonómica (acuartelamiento de San Fernando, ciudadela de Jaca, ciudad universitaria de Madrid o muelle de la compañía Riotinto) o en favor de la competencia estatal (puerto de Mahón, puerto de Santa Cruz o azud en el río Ebro). Viene a concluir que hay que huir de la literalidad, tanto del 149 como del 6.b LPHE. Es un tema de concurrencia de títulos competenciales que habrá que ponderar en cada caso. El núcleo de la cuestión es según la jurisprudencia del Tribunal Supremo analizar la compatibilidad entre la protección del edificio y la funcionalidad del servicio público. Como nada se razonó ni justificó fuera de la literalidad del 6.b, sustancialmente en qué se afectaba a la normal prestación del servicio, no aprecia razones para excluir los inmuebles de las obligaciones de la ley autonómica de patrimonio histórico.

La complejidad radica en que al final son dos titulares de una misma competencia sobre la misma materia y los mismos bienes. El Estado la ejerce, lo vemos en el Real Decreto de 2017 que declara BIC, como monumento, el sepulcro megalítico de Son Olivaret en Ciudadela, en terrenos de Defensa. El hueco que encuentra la LPHE para el Estado en sus servicios públicos (y confirmado por el Tribunal Constitucional) no es exclusivo, y en casos complicados la competencia es resbaladiza.

Pero ¿cuál es realmente la particularidad del Ministerio de Defensa en la aplicación de la normativa cultural, tan protectora y exigente? Que la función principal de este ministerio no es una cualquiera sino la de defensa nacional, con protección constitucional. Además es exclusiva, solo el Estado, el Ministerio de Defensa es el que debe velar por todo lo que sea de interés para la defensa

nacional, como recoge el art. 149.1.4.º de la Constitución, desarrollado en la Ley Orgánica de Defensa Nacional de 2005. En la medida en que sobre un mismo bien recaigan intereses culturales e intereses para la defensa nacional, hay un posible conflicto (se da en cuestiones ambientales también). Pero no hablemos en negativo, sino de confluencia de distintos intereses, importantes para la sociedad. Y todos ellos, todos, deben ser considerados. Con la nota particular de que cada uno lo defiende una administración distinta. O un departamento, si ambas recaen en el Estado.

Para prevenir que los intereses de la defensa nacional sean tenidos en cuenta, en particular respecto de los inmuebles, se promulgó la Ley de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional. En los últimos años se han declarado 32 zonas mediante real decreto. Por ejemplo, la «Base y Campo de Maniobras y Tiro de Cerro Muriano», en abril de 2018, en que hay vestigios de la minería de la Edad del Bronce y romana. En la declaración se recoge entre las limitaciones y condiciones de estas zonas: «interesar y obtener autorización del Ministerio de Defensa para la determinación de la compatibilidad con los fines de la defensa nacional de cualquier regulación, ordenación o actuación administrativa que pueda incidir en la utilización militar de las propiedades».

En otro orden de cosas, cuatro inmuebles históricos del Ejército de Tierra se gestionan de una particular manera, a través de entes públicos independientes, son consorcios con otras administraciones públicas con competencias en cultura. Es notable la diferencia de sensibilidades políticas presentes a la vista de los participantes: junto con Defensa, y según el consorcio de que se trate, participan en la gestión la Generalitat de Cataluña, Ayuntamiento de Figueras, Gobierno balear, consejos insulares de Mallorca y Menorca, ayuntamientos de Palma de Mallorca, Mahón y Es Castell, Diputación General de Aragón o Diputación de Huesca.

En general, en los mismos Defensa aporta el inmueble, el órgano de dirección, algunos gastos, y se reserva el uso para actos militares, y mayoría suficiente para designar al responsable del consorcio y mantener el control. Tienen autonomía financiera y presupuesto estimativo. El órgano de dirección tiene dependencia directa del director del Instituto de Historia y Cultura Militar. Los otros participantes se hacen cargo de algún gasto y aportan una modesta subvención.

El consorcio del castillo de San Carlos (de principios del XVII) y el museo Militar de San Carlos, se constituyó en 1997, para 50 años.

En el caso de Menorca se trata del museo Militar de Menorca, las fortalezas de La Mola y San Felipe, el fuerte de San Felipet y la torre d'en Penjat, una auténtica joya. Durante el siglo XVIII Menorca estuvo tres periodos en manos británicas, uno en manos francesas y otro temporal en manos españolas, lo que explica las

necesidades defensivas de la zona. El consorcio fue constituido en 1998 para 50 años.

En Figueras, el castillo de San Fernando comenzó a construirse en 1753, y es la mayor fortaleza abaluartada de Europa, que buscaba proteger el Ampurdán tras la pérdida del Rosellón y La Cerdaña. Otra joya desconocida, con sus 3 hornabeques, 6 revellines y 2 contraguardias, quizá eclipsado por Dalí. El consorcio fue constituido en 2003, para 50 años.

Finalmente, el consorcio de la ciudadela de Jaca, el castillo de San Pedro del siglo XVI, se constituyó en 2008 para 25 años. Visita obligada por su recinto fortificado, foso y puente levadizo, y su entorno, el corazón del Pirineo aragonés. Su museo de miniaturas, y su variedad en exposiciones temporales, así como las visitas teatralizadas, los ciervos, y su buena gestión le ha hecho alcanzar los 90.000 visitantes en 2018. Pero, además, están en marcha las obras para acoger la exposición permanente de la importantísima colección de cuadros que donó Pedro Ramón y Cajal, ilustre aragonés, al Ejército de Tierra, y que tuvimos ocasión de ver en el museo del Ejército con el título «Cuadros que libran batallas».

VI. El patrimonio museístico y de muebles en general

Toda esa variedad de objetos, esos 155.000 bienes del patrimonio histórico español de Defensa no se guardan en cualquier sitio ni se mueven de cualquier forma. ¿Dónde están? Hay toda una regulación, muy restrictiva, y muy garantista. En Defensa hay 22 museos (tres de ellos nacionales, la máxima categoría estatal, al nivel del Prado), y 25 colecciones museísticas.

El art. 149.1.26 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre los museos de titularidad estatal. Se aplica a Defensa plenamente la legislación estatal en materia cultural: arts. 59 y siguientes de la LPHE, con disposiciones generales muy importantes, el Reglamento de Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos, que regula cuestiones tajantes como apertura obligatoria de treinta horas en seis días de cada semana o gratuidad cuatro días al mes, junto a otras con más margen para cada departamento a través de orden ministerial. Y el real decreto de 2009 que crea la Red de Museos de España, que busca reforzar la vertiente de producto turístico de calidad, y la vocación de servicio público, en un foro cooperativo ambiciosísimo, pero sin mucho éxito.

La regulación propia de Defensa está en la orden ministerial de 2015 que crea la Red de Museos de Defensa y define los procedimientos para la gestión de los bienes muebles del patrimonio histórico español adscritos a Defensa y los lugares donde se guardan. Hay además regulación propia en los ejércitos, aunque no podemos bajar a tanto detalle, nos referiremos a la orden ministerial.

Se definen varias categorías, no siempre se corresponden con los nombres usados en la práctica: los museos de carácter permanente y abiertos al público, como el espectacular Panteón de Marinos Ilustres en San Fernando. Las colecciones museográficas que, sin reunir todos los requisitos necesarios de los museos, están organizados con criterio museológico, y tienen un régimen de visitas establecido. Por ejemplo: la colección museográfica de farmacia del Centro Militar de Farmacia de Colmenar, auténtica exhibición de técnica museística moderna. Estos dos tipos forman la Red de Museos de Defensa, con 47.

Pero hay mucho más: diseminados por todas las unidades de España, como dice la norma, los objetos de interés técnico, artístico, científico, histórico o militar que, por su valor intrínseco o por su significación histórica, general o limitada a la esfera de una determinada UCO, son exponente significativo de la actividad de las Fuerzas Armadas a lo largo del tiempo y de su participación en la sociedad. Por ejemplo, la interesantísima colección de armas de fuego de la Escuela de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra. Donde cada uno encontrará el fusil con el que prestó el servicio militar, en mi caso el CETME de plástico. Son miles de objetos repartidos por todas las unidades.

Recordemos las tres categorías de bienes protegidos de la LPHE: BIC, bienes del Inventario General, resto de interés histórico.

Esta última categoría entra de lleno en los aspectos más resbaladizos de la normativa general en materia de cultura. ¿Qué es un bien de interés histórico? Si está inventariado de alguna forma, ninguna duda, habrá sido analizado. Pero ¿y si no?, pues el de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. No hay más requisito. ¿Y eso qué es exactamente? ¿Y quién lo valora?

Un ejemplo: sacar de España un bien con más de cien años, si resulta tener interés histórico, sin autorización de Cultura, es contrabando. Y para pedir el permiso de exportación, el propietario ha de pagar una tasa cuya base imponible es su valor real, y este precio es considerado una oferta de venta irrevocable en favor de la Administración, que puede ejercitar en los seis meses siguientes a la denegación de la autorización de salida. Una mudanza al extranjero puede tener sus riesgos.

Ese difícil ejercicio de valoración del interés, lo encontramos en el artículo 11 de la orden ministerial cuando impone la obligación de las UCO de proponer el alta, como bienes muebles del patrimonio histórico español adscritos al Ministerio de Defensa, de aquellos fondos que consideren dignos de ostentar tal calificación. Nadie duda que si en un trastero encuentras máquinas Enigma, son patrimonio histórico español. Pero ¿y el bolígrafo con el que la autoridad «A» firmó en el libro de honor de la unidad «U» el día «D»?

La norma de Defensa, muy garantista, establece para los movimientos de todos los fondos el mismo procedimiento que para los de los museos,

que son BIC. Más libertad para movimientos internos, pero los externos con orden ministerial. Se establece la obligación de inventariar todos los bienes, estén donde estén, a través del sistema MILES. Aunque los trabajos no están acabados hay unos 150.000 bienes inventariados en total. El autogiro de La Cierva, o el submarino de Isaac Peral, y podríamos encontrar el boli citado.

Un verdadero hito en la difusión de este patrimonio ha sido la digitalización de un enorme conjunto de fondos, en alta resolución y 360°. Muchas en 3D, nos permite dar vueltas, por ejemplo, a la moharra del estandarte del navío francés Atlas, apresado en Vigo en 1805. O consultar una carta universal de Juan de La Cosa de 1510 con el máximo detalle. Desde el mismo móvil puede uno hacer un extenso recorrido cultural a través de más de 8.000 fondos de los museos y colecciones museográficas de Defensa, en la biblioteca virtual.

Como es habitual en todos los museos de renombre, vemos fundaciones privadas que colaboran estrechamente en toda clase de actividades, y en particular captan financiación de agentes privados. Así, la Fundación Museo Naval cuyo apoyo permite abrir varios museos en horario de tarde o de la Fundación Museo del Ejército que colabora en exposiciones temporales o trabajos de catalogación o digitalización.

VII. Patrimonio documental de la Defensa

La LPHE declara en su art. 49 como integrantes del patrimonio documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier ente público. Naturalmente siempre que tengan valor artístico, histórico o antropológico como dice el art. 1 de la misma ley. Crea además el Sistema Español de Archivos.

La tendencia a lo largo del tiempo ha sido pasar de concebir los archivos y documentos como un instrumento de trabajo, interno de la Administración, a un servicio público accesible a los ciudadanos. Ya la Constitución en su art. 105.b remite a la ley para regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. Desde aquella vieja concepción ha sido un largo recorrido a través de distintas normas hasta llegar a la Ley de Transparencia y Buen Gobierno de 2013. Las cosas son muy diferentes ahora, como cualquiera que haya desempeñado alguna responsabilidad pública recientemente conoce de sobra.

La normativa establece el principio general de libre acceso a toda la documentación del Sistema Español de Archivos, con limitaciones expresamente enumeradas: materias clasificadas, riesgos para la seguridad y defensa del Estado, riesgos para la averiguación de delitos, datos personales, seguridad de las personas, honor, intimidad y propia imagen, y disposición expresa de la ley.

En general, los archivos de la Administración se van formando en la gestión diaria de los servicios públicos y no se pueden destruir sin más, pero tampoco se puede guardar todo. Además, no todo tiene valor. La propia LPHE establece una Comisión Calificadora de Documentos Administrativos, que al cabo de un tiempo decide si se guarda o se destruye.

El Ministerio de Defensa conserva un enorme patrimonio documental, con más de 150 kilómetros lineales de documentos (si los apilásemos serían una columna de 150 km de altura), unos 1.600 millones de páginas, en su mayor parte generados desde finales del siglo XIX, aunque hay fondos mucho más antiguos. Como puede imaginarse, estos documentos han sido testigos no solo de la historia militar, sino de la misma historia política, administrativa y social de España y de sus colonias y expediciones. Tenemos el acta de evacuación de la isla de Cuba en el Archivo General Militar de Madrid, un plano de Pekín manuscrito en colores sobre papel de arroz de mediados del XIX, o el acta de defunción de Eloy Gonzalo, héroe de Cascorro. Por ello, suscita enorme interés entre investigadores y estudiosos.

Y no solo hay papeles, son también documentos cartográficos, fotográficos, imágenes digitalizadas, sellos, etc.

Este patrimonio documental siempre ha gozado de independencia y, de hecho, el real decreto de 2011 que regula el Sistema Español de Archivos reconoce la especialidad de Defensa, y en su disposición adicional cuarta se remite, salvo (muy importante) en lo relativo al acceso, a lo que disponga su normativa específica: el Reglamento de Archivos Militares de 2011 que regula el Sistema Archivístico de la Defensa. La regulación anterior, por supuesto propia, databa de 1885 para la Armada y de 1898 para Tierra.

En principio estos archivos, como todos los del Estado, son de acceso general sin necesidad de acreditar interés legítimo y directo, y en caso de datos personales se aplica la regla general: conformidad del interesado, 25 años desde fallecimiento, o 50 desde documento.

¿Cuál es la especialidad de Defensa en el acceso a sus archivos? Que toca todas esas materias con limitaciones, y será necesario describir, calificar y decidir los grados de acceso en cada área. Lo mismo encontramos datos de salud en un hospital militar, que planos de instalaciones militares en activo, expedientes disciplinarios, documentos secretos de seguridad en vuelo, información psicofísica de tropa de reemplazo, expedientes judiciales de los juzgados togados y tribunales militares, propiedad industrial, etc.

El reglamento de archivos militares (en revisión) regula un sistema racional (similar a la Administración General del Estado): los documentos pasan de archivos de gestión a archivos centrales, y de ahí a archivos intermedios donde una comisión calificadora decide su paso a un archivo histórico para los de más de 20 años o su eliminación.

La realidad es que ese flujo no se cumple, hay un importante atasco, con razones de peso.

El volumen de documentación es elevadísimo, y las inversiones necesarias enormes. El criterio de ordenación histórico fue por materia, lo que complica la gestión. Los intereses en juego son elevados, la defensa y seguridad nacional, entre otros, y debe revisarse la documentación antes de hacerla pública. La falta de personal es notable, ya que los puestos son de difícil cobertura. Para la revisión y descripción hay que acudir a terceros especializados y son caros. Si no está bien descrito lo que contiene una caja, la búsqueda es imposible y es, de hecho, una gran limitación de acceso.

Los presupuestos exigüos de los últimos años explican el retraso en las tareas, que han provocado limitaciones en el acceso público a la documentación, y no han sido pocos los conflictos.

Recientemente se ha aprobado el Plan de Archivos de Defensa, mediante orden ministerial. Era muy necesario, pero fue posponiéndose por falta de medios. Destacamos la unificación en una sola instalación de los 26 archivos intermedios e históricos del sistema. Vemos además una detalladísima lista de tareas a realizar para que todo el sistema acabe en orden, aunque falta por detallar los recursos con los que va a contar.

En el acceso, una de las limitaciones es la relativa a la información clasificada. En el Ministerio de Defensa, por motivos obvios encontramos una importante cantidad de documentación clasificada en alguno de los cuatro grados actuales. Por orden de restricción de acceso: secreta o reservada de la muy antigua Ley de Secretos Oficiales 9/1968 (competencia del Consejo de Ministros), confidencial y de difusión limitada sobre la base de toda una batería normativa aprobada por el propio ministerio, y con competencias dentro del mismo, bajo los estándares de la Oficina Nacional de Seguridad. En algunos casos sobrecalificada, pero en todo caso un kilómetro y medio de información clasificada. Mucha información es nacional, pero mucha otra internacional, por lo que habrá que estar además a lo que dispongan los convenios suscritos por España.

Además, la Ley de Secretos Oficiales de 1968 no establece cuál haya de ser el régimen para la documentación anterior a esa fecha, pero hay muchos documentos anteriores a la ley con señales o marcas de secreto o similar. ¿Qué hacer?, ¿son clasificados?

La resolución de la ministra de Defensa de 20 de septiembre de 2018, en relación con cierta documentación del Archivo Militar General de Ávila, autoriza el acceso general al público interpretando que, al carecer la Ley de Secretos Oficiales de disposiciones relativas a la documentación anterior, no se aplica a la misma. Como aún fuera del ámbito de dicha ley podrían existir riesgos para la seguridad y defensa del Estado, se recabaron informes favorables de la Comisión Superior Calificadora de Documentos de la Defensa y del jefe de Estado Mayor

del Ejército de Tierra. Pero no consta si además hay informes jurídicos, o de la Oficina Nacional de Seguridad, o si este criterio se aplica también a otros departamentos ministeriales.

Otro problema deriva del hecho de que ninguno de los cuatro grados de clasificación tenga previsto un procedimiento automático o periódico de desclasificación, como un sistema de plazos, habitual en otras jurisdicciones.

En la legislatura anterior, sobre la base de enmiendas presentadas por el Partido Nacionalista Vasco a la Ley de Secretos Oficiales y con el impulso del Partido Socialista, se estuvo a punto de aprobar una ley que renovaba por completo la citada norma. Es una cuestión de tiempo que salga adelante. Será bueno para la necesaria transparencia, pero también para el enfoque histórico y cultural que es lo que toca hoy aquí. Siempre desde luego sobre la base de mecanismos que permitan adoptar las cautelas que la seguridad y defensa requieren. No sería extraño ver por ejemplo una desclasificación automática o semiautomática de 25 años para secreto, 15 para reservado, 10 para confidencial y 5 para difusión limitada. Y la anterior al 68 desclasificada sin más.

La materia es en general enormemente compleja, hay muchas otras cuestiones como: investigadores, requisitos para accesos restringidos, obtención de copias (Defensa permite las copias con dispositivos móviles como novedad importante), difusión pública de los documentos, etc. Pero hay avances, es muy interesante la *Guía de acceso a los archivos militares y sus documentos*, de la Subdirección de Patrimonio Histórico y Cultural del Instituto de Historia y Cultura Militar, de 24 de junio de 2019.

El Reglamento de Archivos Militares recoge un tipo especial de archivos: los archivos científicos. Como el Real Observatorio de la Armada, el Instituto Hidrográfico de la Marina y el Servicio Geográfico del Ejército, que cubren todas las etapas del archivo (central, intermedio e histórico).

Otra clase especial de archivos son los archivos judiciales, generados con la actividad de los juzgados togados y los tribunales militares. Su reglamento fue aprobado por real decreto en 2009, y no forman parte del Sistema Archivístico de la Defensa (aunque su funcionamiento es muy similar), ni siguen la regulación de la justicia ordinaria (aunque la regulación es muy parecida a la establecida para esta). En la documentación judicial no rige el principio de libre y general acceso. Hasta que se desjudicializa e integra en un archivo histórico, es necesario haber sido parte, o acreditar interés legítimo y directo.

Recientemente, vemos cómo se van gradualmente haciendo públicas las listas de nombres extraídos de los procesos judiciales a cargo de juzgados y tribunales militares seguidos durante la Guerra Civil y el franquismo, para facilitar su consulta. La última hace menos de 10 días, de Salamanca. Se da diverso detalle de la información disponible como sumario, año, legajo, caja, etc. Cuando no consta reo aparecen títulos del proceso tan variados como: muerte de dos

caballos, pérdida de mosquetón, inutilización de víveres, escándalo público o pérdida de 1.000 opérculos. Es curioso cómo en ocasiones encontramos nombres completos y en otras, simplemente apodos como Alpargatero, Boquitas, Bigotes, Cojonudo, El Chimorris, El gafas, Hijo de tía Chorrita, Poca Barba o Poeta.

La documentación en un archivo puede además estar en depósito, como complejidad añadida. Para determinar el régimen de acceso habrá que ver de quién es y no el lugar donde se encuentra.

VIII. El patrimonio bibliográfico

Cuenta con dos millones de fondos, tan variados que hasta se ha colado una primera edición de Ratón Pérez, cuento infantil, del padre Coloma, de 1911.

Recordemos en primer lugar que el artículo 149.1.26 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bibliotecas de titularidad estatal. La normativa está constituida por la LPHE y la Ley del Libro de 2007.

Las dos funciones que deben desempeñar las bibliotecas del Estado y sus entes públicos son: por un lado, ser instrumento de apoyo al estudio, análisis y fundamento de la toma de decisiones de la Administración. Por otro revertir al conjunto de la sociedad los recursos invertidos en ellas, en forma de accesibilidad.

Defensa crea la Red de Bibliotecas de Defensa y establece su propia regulación mediante orden ministerial en 2008. En este caso no hay especialidades notables que reseñar sobre la normativa general.

El patrimonio bibliográfico de Defensa es extraordinariamente rico, y está formado por 3.729.873 volúmenes repartidos en 14 bibliotecas generales/históricas, 25 bibliotecas especializadas y centros de documentación, 22 bibliotecas de centros de enseñanza y formación y 162 salas de lectura. Las bibliotecas están abiertas al público.

Es un auténtico privilegio visitar una biblioteca como la del Real Observatorio de la Armada, en la que se conservan incunables, pero incunables de verdad, es decir, de los impresos entre 1450, fecha de invención de la imprenta, y 1 de enero de 1501. Yo recuerdo en particular el olor a libro antiguo al entrar en la biblioteca e incluso sentir cómo al respirar absorbes conocimiento, astronómico en este caso.

Debemos destacar el enorme esfuerzo de accesibilidad al público llevado a cabo a través del Catálogo Colectivo de la Red de Bibliotecas de Defensa (Bibliodef) donde pueden consultar información bibliográfica de casi 600.000 documentos conservados en las 52 bibliotecas integradas.

Excepcional es la Biblioteca Virtual de Defensa (BVD), creada en 2012 y con actualmente 5.500 títulos y 360.000 objetos digitales donde encontramos

códices, impresos, grabados, videgrabaciones, fotografías, series documentales y museísticas, representaciones multidimensionales, e imágenes en movimiento al alcance del ratón. El único límite en su expansión son los derechos de autor. Es un placer consultar el *Astronomicum caesareum* de Apianus de 1540, o la correspondencia entre los Reyes Católicos y el Gran Capitán.

IX. Conclusión

Y finalmente, Defensa es cultura, en presente. Es centro de pensamiento e inquietudes culturales a través de la intensa actividad que desarrollan sus órganos en forma de exposiciones temporales, investigaciones, publicaciones, coloquios, numerosas conferencias o incluso tuits y apps.

Invito a suscribirse a la cuenta de Twitter de Patrimonio Cultural de Defensa, donde pudimos seguir en la semana de la ciencia y la innovación temas tan interesantes como:

- El comandante Julio Cervera y la primera transmisión de la voz humana sin hilos en 1902 entre Jávea e Ibiza.
- La escafandra estratonáutica de Emilio Herrera.
- Louis Proust, profesor de la Academia de Artillería de Segovia, además de padre de la química moderna, que construyó el primer globo en España que voló ante el rey en 1792.

Hay que agradecer el enorme esfuerzo realizado por los ejércitos a lo largo de los tiempos para formar este patrimonio, mantenerlo, y permitir que hoy lo disfrutemos todos a través de su exhibición y accesibilidad en sus distintas formas.

Las Fuerzas Armadas y el Ministerio de Defensa cuentan con personal con formación, capacidad y vocación para la gestión de patrimonio cultural (recordemos que no es la misión principal de este ministerio).

Aunque dije al principio que no había que confundir patrimonio cultural de Defensa con cultura de defensa, todo esto, también, es cultura de defensa.

ASÍ NACIÓ LA LEGIÓN (ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y JURÍDICOS)*

A la Legión, unidad singular de nuestras Fuerzas Armadas, cuyo pasado de luces y sombras no debe empañar su presente y futuro al servicio de la seguridad y defensa de España en su proyección interior y exterior. A la Legión, en su centenario.

Conferencia inaugural pronunciada por D. Luis María Cazorla Prieto, co-presidente de la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en Madrid, el 27 de octubre de 2021

I. Introducción

Si José Millán Astray (Millán Terreros de nacimiento) levantara la cabeza y observara la trayectoria de la obra principal de su vida, el legado que dejó por encima de cualquier otro, la Legión, respiraría, a buen seguro, en un doble sentido.

Respiraría satisfecho contemplando las intervenciones de esta formación militar desde su decisiva contribución en salvar de las garras de Abd-el-Krim a Melilla en 1921 hasta hoy con la frecuente participación del antiguo Tercio de Extranjeros en las misiones de seguridad y defensa patrocinadas por la ONU y la Unión Europea¹, aunque, para

* El contenido de la conferencia y del presente texto reproduce lo que figura en el libro del mismo autor *Así nació la Legión* publicado por Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

¹ Sobre este particular puede verse mi libro *Fuerzas Armadas y Acción Exterior del Estado*. (2019). Madrid, Ministerio de Defensa.

Afirma en este sentido el teniente general del Ejército de Tierra y académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas Agustín Muñoz Grandes

mí, esta satisfacción debería atemperarse al recordar alguna de sus acciones en los sucesos revolucionarios de Asturias en 1934 y en la desgarradora Guerra Civil del siglo pasado. Casi seguro es que la cara satisfecha se le acentuaría más al advertir la admiración y el respeto que parte de la actual sociedad española dedica a una de las unidades más emblemáticas de las modernas Fuerzas Armadas españolas².

Sin embargo, la reacción anterior se mezclaría con la de amargura cuando reparara en que otra parte de la actual sociedad española está muy lejos de los valores que dan alma a la Legión, y que, por encima de pasados hechos gloriosos y el papel que juega hoy en la seguridad y defensa más allá de nuestras fronteras, ciertos sectores sociales solo ligan este cuerpo puntero de la infantería española con hechos históricos lamentables que es mejor ni mencionar³.

A la postre, hombre expresivo, pasional y muy entregado a la teatralidad ayudado por su aguijante oratoria, Millán Astray esbozaría una mueca, más bien de

en la comunicación *El duro camino de la Legión hacia su centenario*, presentada en dicha Real Academia el 10 de diciembre de 2019, página 17 del texto: «Volviendo al tiempo actual, la Legión ha participado activamente en multitud de operaciones internacionales», operaciones que detalla al extremo en el anexo II de su trabajo.

Como se lee en el trabajo de E. Villarejo, el Ejército planifica una celebración legionaria con cuatro actos centrales, ABC, domingo 26 de enero de 2020, página 37: «Guerra de Ifni, Marcha Verde, Bosnia y Herzegovina, Kosovo, Macedonia, Albania, Irak, Afganistán, República Democrática del Congo, Líbano y Mali son algunos de los escenarios donde los legionarios se han fajado en misiones en el exterior».

2 Como Agustín Muñoz Grandes Galilea en la comunicación antes citada, página 25 del texto: «Todo el Ejército de Tierra está implicado en la experimentación del concepto Fuerza-35. El JEME establece que la unidad de referencia será la brigada, que constituirá un sistema integral dotado de todas las capacidades, que le permitirán anticiparse al adversario y sorprenderlo en cualquier espectro del conflicto. Estará estructurada, organizada y adiestrada desde tiempo de paz, en su configuración más próxima a su organización para el combate, La Brigada Alfonso XIII de la Legión lleva el peso principal al haber sido designada por el JEME como brigada experimental (BRIEX 2035), y ello supone aceptar muchas responsabilidades».

3 Como escribe A. Burgos, A mí la Legión, miércoles, 29 de enero de 2020: «Tiene la Legión algo que indigna todavía más a los antimilitaristas, que la desprecian como cuerpo mercenario y dicen que anacrónico: mitología, literatura, música de poner los vellos de punta, leyenda, poesía. Poesía de la muerte con honor por la defensa de España o de la paz mundial. ¿Quién, por mucho que tache de franquista o de fascista a la Legión, no se sabe sus canciones más emocionantes, sus himnos más patrióticos? Ahí les duele. Que «El novio de la muerte» siga formando parte del imaginario colectivo de los sentimientos de España como nación. Que todavía nadie en el Tercio sepa quién es aquel legionario que ahora vemos en Mali, en El Líbano, o tantas misiones internacionales. De menos, de su Legión Extranjera, ha hecho Francia literatura, cine, mitología, símbolo de la grandeza del país. Aquí, con lo orgullosos que podríamos estar de ello, y con lo que harían ante un hecho así en otras naciones, me da la impresión de que vamos a celebrar un centenario de la Legión como vergonzante, a cencerros tapados, demasiado condicionado por la memoria histórica. A cierta izquierda lo que le gustaría en verdad es borrar la historia gloriosa de la Legión y hasta sus miles de caídos, cuando no a sus propios tercios y banderas, cerrar el campamento de Viator. Disolverla. Acabar con la Legión como signo de modernidad, como se suprimió el servicio militar obligatorio que aún consta en la Constitución».

Manifiestan A. Ruiz de Aguirre y L. M. Francisco, *Atlas Ilustrado de la Legión*. Madrid, Susaeta Ediciones, pp. 200 y 204: «Izquierda Unida llegará a incluir en el programa de las elecciones de 1993 la propuesta de disolver la Legión. Solo la participación de este cuerpo en las llamadas misiones de paz conseguirá lavar su imagen y hacer que una parte de la ciudadanía deje de identificarla con un peligro para las instituciones democráticas... El mayor desafío consiste en modernizarse sin renunciar a las peculiaridades legionarias».

ferocidad contenida y diría para sí: «Bueno, bueno, la huella de mis legionarios en la historia de España, sea para bien en muchos casos o para mal en bastantes menos, es indeleble y firme... ¡hasta me dedica una película ese Amenábar, en la que no me pone muy bien, pero ahí está mi Legión a los cien años de su creación!...», concluiría con un rictus de socarronería proyectando una ardiente mirada hacia San Viator, sede de la jefatura de la actual brigada legionaria.

— • —

Esta pincelada con deje novelístico busca no solo atraer la atención de quien siente curiosidad inicial por zambullirse en estas líneas. Trata de poner de relieve por vía indirecta que casi todo lo que rodea a la Legión suele estar empapado de sentimientos, pasiones y sensaciones, cualquiera que sea su naturaleza, que vienen directamente del hecho pasional y sensible con relegamiento de lo racional y reflexivo. El vigor, la energía, el ideario pregonado sin parar, la estética, las apariciones y movimientos corporales, por citar únicamente algunos aspectos, todo contribuye a fomentar que lo que rodea a la Legión responda a la voluntad más que a la inteligencia, al decisionismo como método y no a la decisión como cumbre de un proceso racional evolutivo.

— • —

Estas consideraciones son trasladables al largo camino que culmina en la creación del Tercio de Extranjeros por el Real Decreto de 27 de enero de 1920. Les invito a arrinconar en la trayectoria que desembocó en el surgimiento de la hoy Legión ciertos prejuicios e ideas que cunden en determinados ambientes. De esta manera, aunque constreñido a los límites de la naturaleza de este trabajo, pretendo tratar con desapasionamiento los antecedentes históricos y jurídicos entendidos ampliamente de lo que cuajó hace este año cien en el nacimiento del al principio denominado Tercio de Extranjeros y más tarde Tercio de Marruecos⁴. En palabras muy escuetas, trato de exponer sintéticamente un largo proceso preñado de ingredientes políticos, militares, económicos, ideológicos y hasta de política internacional, por el que, además, han transitado muchos actores importantes de la historia de España de la primera parte del siglo pasado⁵.

4 El apartado primero de la Circular de 16 de febrero de 1925 cambió el nombre inicial de Tercio de Extranjeros por el de Tercio de Marruecos. Lo hizo con los siguientes términos: «De acuerdo con lo propuesto por el Presidente del Directorio Militar, se reorganiza, con la denominación de “Tercio de Marruecos”, el actual “Tercio de Extranjeros”, ajustándose a las plantillas que figuran en los estados núms. 1, 2, 3 y 4, que se publican a continuación».

5 Sobre cómo nació la Legión existe una tesis doctoral titulada *La Legión española en su centenario: de los antecedentes a su fundación*. La autora es María Luz Martín Gómez. Fue leída en la Universidad Complutense de Madrid en 2019; su director fue el profesor Emilio de Diego. No he logrado acceder a su, sin duda, interesante contenido. Sin embargo, en el resumen que figura en la página web <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=248792> se lee: «Aunque la más actual historia militar ha dado pie a numerosas investigaciones con la Legión española como materia de estudio, en general, cuando se trata su fundación, los diferentes análisis se centran en los hechos bélicos en los que se vio envuelta desde sus primeros meses de existencia. Por ello, consideramos que resulta imprescindible una contextualización de la creación de la actual Legión española, así

II. Ni colonias ni ejército colonial

Ríos de tinta hay escritos sobre las consecuencias de la pérdida de Cuba y Filipinas en 1898. Tinta de color histórico, ideológico, sociológico, económico y psicológico, por citar únicamente algunas de sus facetas.

Sin embargo y hasta donde llego, mucho más menguada es la tinta que ha corrido sobre los efectos anímicos, formativo-ideológicos y militares de muchos jóvenes oficiales que nacieron y combatieron en dichas colonias españolas, y que, años después, ya avanzada su carrera de las armas, acaban prestando servicios en las plazas de soberanía española en el norte de África y desde 1912 en el protectorado español, y para hablar más ajustadamente en la guerra de Marruecos que no acaba hasta que en julio de 1927 el general José Sanjurjo Sacanell proclamó en Tizzi Azza su fin y el comienzo de la fase del protectorado propiamente dicha⁶.

Me refiero, entre otros y por lo que interesa ahora, a Valeriano Weyler, José Millán Astray, Dámaso Berenguer Fusté y Manuel Fernández Silvestre. De este modo personajes que aparecerán en el escenario de la creación del Tercio de Extranjeros empiezan a hacerse presentes⁷.

como la identificación de aquellos aspectos que influyeron de forma determinante en su puesta en pie.

»La importancia que, en nuestra opinión, tiene el tema y la escasez de publicaciones al respecto fue el principal aliciente para investigar los posibles antecedentes del fenómeno del voluntariado militar en el Ejército español, el marco legal que permitió que se formara y la identificación de los implicados en el proceso objeto de estudio. Por otro lado, y considerando que Francia contaba desde 1831 con una Legión Extranjera que daba excelentes resultados en el norte de África, parecía interesante averiguar por qué España tardó casi cien años en imitar esta iniciativa en sus posesiones africanas».

Advierten A. Ruiz de Aguirre y L. M. Francisco, *Atlas ilustrado...*, p. 16, que: «El primer nombre del cuerpo que fundó Millán Astray fue Tercio de Extranjeros, por más que no terminara de convencerle.

- El entonces teniente coronel prefería, y prefirió siempre, el nombre de Legión, por parecerle más universal, más conocido y más atrayente para los hombres de distintas nacionalidades.
- Desde 1920 a 1925 se llamó Tercio de Extranjeros, y en esta última fecha pasó a llamarse Tercio de Marruecos, primero, y simplemente el Tercio. Desde 1937 hasta nuestros días su nombre oficial es la Legión».

6 Por ejemplo, Manuel Fernández Silvestre nace el 16 de diciembre de 1871 en la cubana Caney, y, después de su paso por la Academia de Caballería y una breve estancia con su regimiento de caballería en Alcalá de Henares, el 15 de junio de 1893 desembarca en Cuba para incorporarse al escuadrón expedicionario del Regimiento de Cazadores de Tetuán número 17 de caballería. Allí permanece tres años enzarzado en continuas operaciones militares.

Dámaso Berenguer Fusté nace el 4 de agosto de 1873 en San Juan de los Remedios, provincia de Santa Clara. Después de pasar por la Academia de Caballería y un corto destino en Barcelona en el Regimiento de Lanceros de Borbón número 4, el 26 de septiembre de 1894 arriba a Cuba para prestar sus servicios en el Regimiento Pizarro número 30. Allí permanecerá aproximadamente cuatro años de intensa vida castrense, muy ligada al general Agustín Luque, quien aparecerá más adelante con papel destacado en la larga marcha hacia un ejército colonial español.

Tomo estos datos del artículo de M. A. Ortiz Valvivia «Dámaso Berenguer Fusté y Manuel Fernández Silvestre», 1.ª parte, de Cuba a Marruecos, *Tabor*, número 28, pp. 22 y ss.

7 Como afirma Togoires, L. E. (2013). *Millán Astray, legionario*. Madrid, La Esfera de los Libros, p. 48: «La pérdida



Tenemos que situarnos en el ambiente internacional que reina cuando España pierde los últimos baluartes de su descomunal imperio que duró más de cuatrocientos años.

Esta dolorosa pérdida rematada por el Tratado de París, que el presidente del Congreso de los Diputados Eugenio Montero Ríos tuvo que firmar en nombre del Gobierno de España, coincidió con la etapa histórica en la que los Estados europeos pugnaban por hacerse con un imperio colonial. No había Estado con ínfulas de potencia, aunque fuera de rango secundario, que no contara con colonias y no se empeñara en tenerlas o mantenerlas, con las armas por medio, llegada la necesidad o la conveniencia.

España en ese momento navega en contra de la corriente. Pierde las colonias que tenía y queda huérfana de ellas, porque lo que retiene en el norte de África es parte de España, son plazas de soberanía, y las factorías que a duras penas controla en la costa de África central occidental, como la de Santa Cruz de la Mar Chica, no son nada a la luz de las exigencias coloniales del momento. Tan extrema es la situación que los gobiernos de turno de Madrid proyectan su mirada sobre Marruecos⁸, a la espera de lo que resulte del definitivo reparto colonial entre Gran Bretaña y Francia, potencias a las que tanto se subordina la política internacional de España en aquellas fechas, con el beneplácito de Alemania.



Millán Astray, Berenguer, Fernández Silvestre y otros muchos militares regresan a España con el sabor amargo de la derrota e impregnados del ambiente en el que la importancia internacional de una nación depende mucho del espacio colonial que domine⁹.

de Cuba, Puerto Rico y Filipinas fue para Millán Astray, como lo fue para Franco, Silvestre y tantos otros militares coloniales, un estigma que iba a dejar profundas huellas en su espíritu. No olvidemos que, para los españoles, la derrota ante los Estados Unidos, ante los *tocineros*, fue una humillación impensable, incomprensible e inaceptable. Para los militares profesionales fue una tragedia que marcó su pensamiento y su futuro en las décadas venideras. España pasaba a ser una potencia de tercera.

«Huellas que en el caso del joven teniente Millán Astray marcarían su carrera y su vida, como luego veremos. Él fue siempre un veterano de la guerra de Filipinas. Las experiencias y enseñanzas allí obtenidas y los sueños y aspiraciones, que con el desastre se truncaron, supusieron para él y para varias generaciones de soldados profesionales españoles un punto de referencia permanente».

8 Como advierte L. E. Togores, *Millán Astray...*, p. 53: «La creación de un imperio español en Marruecos resultaba, para ciertos sectores de la sociedad española y del Ejército, no solo un deseo sino una necesidad. Para algunos sectores de la sociedad, España tenía que olvidar sus recientes derrotas en Cuba y Filipinas, y restablecer su perdido prestigio internacional creando un nuevo imperio colonial en el norte de África y en el golfo de Guinea».

9 Como señala López Hermoso Vallejo, E. (2010). De la Declaración y Convenio hispano franceses relativos a Marruecos (1904) al Acuerdo Hispano Francés sobre Marruecos (1912). *Ab initio*. Número 1, p. 137: «Poco a poco... la empresa marroquí pasaría a convertirse, en palabras de Rosario de la Torre "en un empeño consciente de carácter imperialista, paliativo del imperio perdido en 1858 y catalizador de un conjunto de tendencias de afirmación nacional"».

Más, con esta realidad coexiste una constatación que en unos tendría más peso que en otros según les hubiera ido. Además de otras carencias, el Ejército español, salvo excepciones como los Cazadores de Valmaseda creados en Cuba por el a la sazón teniente coronel Valeriano Weyler en 1868, no cuenta con fuerzas específicamente reclutadas y preparadas para la lucha en territorios extrapeninsulares, y las unidades que forman parte de un ejército anquilosado y de planta general se anegan en la carencia de la necesaria preparación para afrontar tareas coloniales o paracoloniales.

España, pues, se encontró cuando tuvo colonias sin propiamente ejército colonial adaptado al terreno, y cuando, a pesar de los sucesos bélicos ocurridos en 1897 en Melilla con la muerte del general Margallo como principal muestra y en 1909 con la carnicería del barranco del Lobo por solo mencionar ciertos episodios, tiene aspiraciones coloniales o paracoloniales en Marruecos a resultados de lo que Gran Bretaña y Francia con el visto bueno alemán le concedan, se encuentra sin ejército colonial y con el riesgo de caer en los mismos errores militares que en las lloradas Cuba y Filipinas¹⁰.

Sin embargo, el binomio expansión y permanencia colonial y ejército colonial estaba extendido y ensayado con éxito en Europa por aquellas fechas.

El ejemplo de Francia, además de muy próximo, tenía ya bastantes años de vida, aunque, siguiendo la traza histórica que tanto nos ha venido de la nación vecina, España lo acabará copiando tarde, arrastrada por los acontecimientos, y sin darles la cara de antemano.

— • —

El ejemplo cercano de la Legión extranjera francesa fue un importante impulsor del ambiente favorable al planteamiento serio de la creación de un ejército colonial, y, sobre todo, del nacimiento de nuestra Legión.

Puesta en pie en 1831 bajo el reinado de Luis Felipe de Orleans, pronto se convirtió en un agresivo guante de hierro del expansivo colonialismo gala. Enseguida halló su escenario en Argelia, pero con el tiempo dejó su huella donde la insaciable garra colonial del país vecino fue haciendo presa. La zona noroccidental del África del norte como estilete de los ambiciosos planes que el llamado Magreb francés representaba (Argelia, Túnez y gran parte de Marruecos arrinconando a su socio de segunda, España), África central desde el Sudán hasta las costas atlánticas del Senegal, Gabón, Costa de Marfil pasando por el Chad y el entonces Dahomey, hasta el África suroccidental insular, fueron el muy extenso marco geográfico donde se acabó desplegando la fuerza legionaria gala. Asia tampoco se quedó ajena al puño legionario francés. También en Indochina, Serbia y Grecia se hizo presente en varios momentos. España no

10 Afirma en este sentido Togores, L. E. (2016). *Historia de la Legión española*. Madrid, La Esfera de los libros, p. 64: «En el Ejército español, a pesar de haber combatido en Marruecos en 1859 y 1893, cuando empezó la campaña de 1919, la oficialidad seguía careciendo de una doctrina para luchar en el Rif y en la Yebala».

quedó al margen de este contingente colonial, pues nuestra patria fue campo de batalla de 1835 a 1839 para la ya pujante Legión francesa, actuando bajo la denominación de Legión Francesa auxiliar¹¹.

España, si quería alcanzar el estatus de potencia colonial, aunque de segundo grado, tenía muy a la vista el ejemplo francés a la hora de afrontar su nueva fase de expansión colonial que mira con ojos codiciosos a Marruecos en los primeros años del siglo XX.

Pero, además de crasas diferencias de poderío militar y de fortaleza y cohesión del Estado que está detrás, dos factores fundamentales separan a España y Francia en punto a la existencia y mantenimiento de un ejército colonial propiamente dicho.

La extensión que el imperio galo llegó a alcanzar en la segunda mitad del siglo XIX y en los primeros años del XX permitió nutrir las filas de sus fuerzas coloniales de procedencias muy distantes geográficamente. Los pantalones abullonados al estilo serual y la guerrera roja de los *spahis* provenientes de Argelia, Túnez y Marruecos, se mezclaban con el uniforme zuavo de azul oscuro rematado por el *shashia* rojo y con la gorra con tendencia cónica y tela protectora trasera que remataba el uniforme predominantemente gris de una Legión Extranjera con origen territorial muy variado. Esta disparidad de procedencias permitía situar tropas coloniales en territorios distintos de los que estas eran reclutadas, extremo irrealizable en el supuesto español, lo que trajo consigo terribles consecuencias en determinados momentos, como fue el de la desertión casi generalizada de regulares y policía indígena que cundió en el desastre de Annual ocurrido en la segunda mitad de julio de 1921¹².

11 Como señala Rodríguez Jiménez, J. L. (2005). *¡A mí La Legión!* Barcelona, Editorial Planeta, p. 68: «Es curioso que los estudiosos españoles de temas militares que se refieren a esta unidad casi ninguno recuerde que la Legión Extranjera actuó en España entre 1835 y 1839, etapa durante la cual deja de ser parte del Ejército francés y adopta el nombre de Legión Francesa Auxiliar. De hecho, la Legión Extranjera acudió a España en auxilio de la Reina Regente, María Cristina, viuda de Fernando VII, que encarnaba el constitucionalismo liberal frente al carlismo, y cuyos generales habían sido incapaces de derrotar a las fuerzas mandadas por Zumalacárregui. Esta fuerza auxiliar, de 123 jefes y oficiales y 4.021 soldados, desembarca en Tarragona y participa en la campaña del norte contra los carlistas e incluso combate frente a otra legión extranjera, en este caso organizada por las monarquías absolutas que respaldan al pretendiente Carlos María Isidro».

Curiosamente otra unidad del ejército colonial francés, los zuavos, así conocidos por la tribu de procedencia, asimilables, guardadas las distancias, a nuestras fuerzas regulares indígenas, actuaron en España en la tercera guerra carlista, aunque militando en el bando carlista Francia jugó con dos barajas.

12 Indica Togores, L. E. *Millán Astray...*, p. 69, lo siguiente: «Los ejércitos coloniales de Francia y Gran Bretaña alistaban soldados nativos de diversas partes de su imperio, evitando así las desertiones y otros problemas que tenía España con sus tropas marroquíes, ya que llevaban de una a otra colonia sus fuerzas indígenas. «Los mejores reclutas para los tabores de Regulares eran los provenientes de la zona francesa, pero las buenas condiciones laborales, que poco a poco surgían en su zona, hicieron que el número de voluntarios disminuyese entre estos, y cada vez más las plazas eran cubiertas por moros reclutados en la misma zona, o en distritos próximos a los que se combatía. Estos hechos son los que hacen que el proyecto de crear una unidad profesional, mercenaria como la Legión vaya cobrando fuerza en el Ejército y en el seno del Gobierno español». En palabras de Ruiz de Aguirre, A. y Francisco, L. M. *Atlas ilustrado...*, p. 33: «La impopularidad de la guerra

Se añaden a tan notable diferencia otras, también de mucho peso. Hay ideas, incluso cuando estas se han plasmado ya en proyectos, que necesitan, como afirma jugosamente Stefan Zweig, ser pensadas «antropomórficamente, solo partiendo de seres humanos; las ideas no son nunca plenamente claras para su capacidad de concepción, sino solo los personajes»¹³.

Pues bien, la idea de poner en marcha unidades cuerpos integrantes de un ejército colonial a pleno pulmón al servicio del imperio francés sí tuvo en quienes antropomorfizarse, en contraposición a lo acaecido en España hasta que apareció pasajeraamente Dámaso Berenguer Fusté con relación a las fuerzas regulares indígenas, y con densidad y permanencia José Millán Astray con lo tocante a la hoy Legión. Basta recordar en tal sentido a los mariscales de Francia Joseph Simon Gallieni, quien, por ejemplo, tuvo destacado papel en la pacificación de la colonia francesa de Madagascar, y Louis Hubert Lyautey, auténtico virrey del pujante Marruecos francés bajo el disfraz paracolonial de la fórmula del protectorado. Fueron militares de extremada importancia, que al mismo tiempo contribuyeron decisivamente a libar una doctrina colonial con pretensiones de aceitar la conquista y ocupación militares del territorio colonial^{14 15}.

de África hizo que el Estado Mayor del Ejército asumiera que el envío de quintos no serviría para alcanzar la paz en Marruecos y sí podría generar gravísimos conflictos sociales. Desde su creación, el Cuerpo de Regulares estaba formado por tropas indígenas y oficiales españoles y se empleaba como fuerza de choque. Sus heroicos hechos de armarse alternaban con las deserciones colectivas, como la sucedida en Abarrán, el 1 de junio de 1921, que se convirtió en la primera piedra del alud que luego supondría el desastre de Annual».

13 Zweig, S. (1948). *María Antonieta*. Buenos Aires, Editorial Juventud Argentina S. A., décima edición, p. 186.

14 Como se lee en Villard, H. y Wiewiorka, O. (dirs.). (2018). *Histoire militaire de la France. Tomo II, de 1870 a hoy*. París, Perrin, Ministerio de Defensa, p. 117: «Las intensas operaciones llevadas a cabo por "columnas como golpe de lanza" (Lyautey) dejan paso progresivamente, a finales del siglo XIX, a una progresión concéntrica por sectores en forma de "mancha de aceite", que se organiza siguiendo el tríptico "conquista, ocupación, pacificación". Este modelo, que acerca los acercamientos militares y políticos, es experimentado en Tonkin por los futuros generales Servièrre y Pennèquin desde 1891, después llevado a la práctica por el coronel Gallieni que lo aplica enseguida en Madagascar, donde es residente y después gobernador desde 1896 a 1905, antes de que su antiguo adjunto, Lyautey, lo introduzca en Marruecos. Implica el control de las fronteras y territorios conquistados, acompañada de una "política de razón", que consiste en apoyarse en los pueblos aliados en Francia —como los Muong en Tonkin— y en armarlos. Esta estrategia busca aislar al adversario, reducir la oposición, impedir que las hostilidades se reanuden y establecer una paz estable y duradera con la mirada puesta en el desarrollo del país conquistado, en el marco de la "misión civilizadora" de Francia, según la fórmula de la época».

15 Tomo del libro que acabo de reseñar en la nota anterior, página 118, la siguiente cita que resulta muy ilustrativa: «Gallieni expone los fundamentos de esta doctrina en sus instrucciones para la pacificación (1898): El mejor medio para lograr la pacificación ... es el de emplear la acción combinada de la fuerza y la política». En cuanto a Lyautey, escribe González Alcántud, J. A. (2019). *Historia colonial de Marruecos*. Almuzara, p. 281, lo siguiente: «El método de Lyautey en este dominio tenía dos dimensiones: la etnográfica y la puramente militar». Añade Hardy, G. (1949). *Portrait de Lyautey*. Mayenne (Francia), Bloud y Gay, p. 215: «Lyautey, que nunca cedió a nadie la alta dirección de sus empeños, afronta de cara su doble tarea de soldado y organizador, se le ve por todas partes, en medio de sus tropas, en los campos que desbrozan los colonos, en las instalaciones del puerto de Casablanca, en las ciudades que arregla a su gusto, en los hospitales, en las escuelas».

III. La necesidad de contar con un ejército colonial va abriéndose paso. Las fuerzas regulares indígenas

1. La nueva realidad llama a la puerta

España, animada por el huracán colonial desencadenado por la idea de que quien no tiene colonias no pinta nada en el panorama internacional, va posando su lánguida mirada en el reino cherifiano acunada por razones geopolíticas y difusos derechos históricos.

Pero la ansiedad colonial de una poderosa Francia, que encuentra dentro del campo político en el influyente ministro de Asuntos Exteriores Theophile Delcassé el equivalente a Gallieni y Lyautey en el militar, ansía cobrar la pieza de Marruecos para redondear política, económica y militarmente el gran Magreb francés¹⁶, una vez incorporado a su collar colonial la perla de Argelia en 1830 y la de Túnez en 1881 bajo la forma del protectorado paracolonia¹⁷ cortando el paso al expansionismo colonial italiano despuntante tras la formación del Estado unido en la península itálica. Para ello y para zanjar viejas pendencias entre los dos colosos colonialistas, Francia llega a un acuerdo con Gran Bretaña el 8 de abril de 1904 con la Declaración de Londres, que sustancialmente pone en manos francesas el imperio cherifiano a título de zona de influencia, y a cambio Francia deja a su cofirmante las manos libres en Egipto. Todavía Francia tiene que contentar a Alemania, muy activa comercialmente en todo Marruecos, y tarda algo más en hacerlo, pero en 1911, tras muchos avatares, lo consigue a través del convenio franco-alemán firmado en Berlín el 4 de noviembre de 1911¹⁸.

16 Escribe en tal sentido Ortega y Gasset, J. (2004). Observaciones. En: *Obras completas, tomo I (1902-1915)*. Madrid, Santillana Ediciones Generales y Fundación Ortega y Gasset, p. 414: «Según Artbauer, empero, no es el comercio, ni simplemente la utilidad económica, quien empuja el enorme egoísmo francés sobre Marruecos, es la necesidad de soldados. Artbauer cita en su apoyo unas palabras de Moulières: "Si Argelia y Túnez juntos pueden darnos 300.000 soldados mahometanos, ¿qué no es de esperar de Marruecos, cuando definitivamente entre al dominio francés? Ese día será dueña del universo. ¿Qué ejército europeo podrá resistir el empuje de dos millones de bereberes y árabes armados y disciplinados a la francesa?"».

17 Tras un incidente del bey Hussein con el cónsul de Francia Alexandre Deval, en el que llegó a llamar a este «hijo de perro», un cuerpo expedicionario francés de 30.000 hombres y 103 navíos de guerra, tomó Argel el 5 de julio de 1830. A su vez, el protectorado francés sobre Túnez comenzó el 12 de mayo de 1881, después de una entrada en Túnez de fuerzas terrestres y navales de Francia. Para más detalle al respecto puede consultarse, entre muchos otros, a Jouhaud, E. (1968). *Histoire de l'Afrique du Nord*. París, Éditions des deux coqs d'or, libro del que tomo los datos anteriores. Puede verse particularmente las pp. 96 y ss. y 141 y ss.

18 Como escribe Villanova, J. L. (2004). *El Protectorado de España en Marruecos. Organización política y territorial*. Barcelona, Edicions Bellaterra, p. 46: «Francia le cedió (a Alemania) en beneficio de su colonia de Camerún 275.000 m² en el Congo y el Ubangui. A cambio, Alemania le traspasó 14.000 m² —el llamado bec de canard entre el Logone y el Chari— y le reconoció una amplia libertad de acción política y administrativa en Marruecos a cambio de que quedase a salvo la igualdad económica del resto de las naciones».

Mientras tanto España, que continúa lamiéndose las heridas de Cuba y Filipinas, asiste casi como convidado de piedra, salvo su papel de anfitrión en la famosa Conferencia de Algeciras de 1906, a los tejemanejes de las grandes potencias en el escenario geográfico donde aspira poner pie, es decir, Marruecos.

Al cabo, después de muchos dimes y diretes y de ver recortadas sus aspiraciones territoriales por el insaciable hambre colonial de la codiciosa Francia en el nonato Tratado hispano-francés de 1902 y en el nato de 3 de octubre de 1904, España obtiene el definitivo reconocimiento internacional de sus derechos sobre Marruecos en el tratado firmado con Francia el 27 de noviembre de 1912.

A partir de este momento y, ante la evidencia de que el asentamiento del «poder protector» de España en su protectorado marroquí iba a costar muchas vidas, algo insoportable para la convulsa sociedad española de las dos primeras décadas del siglo XX, la idea de un ejército colonial, más precisamente un remedo de él, empezará a tomar cuerpo y dará el fruto parcial de las fuerzas regulares indígenas y después del Tercio de Extranjeros.

Pero no adelantemos acontecimientos, porque hasta llegar al llamado inicialmente Tercio de Extranjeros quedan muchos pasos militares, políticos, jurídicos y hasta ideológicos que dar.

2. Las fuerzas regulares indígenas: sí, pero...

La semilla de la doctrina francesa de la penetración pacífica personificada en lo político en Delcassé¹⁹ y en lo militar en Gallieni y Lyautey va llegando a España y comienza a impregnar sus modestas aspiraciones paracoloniales en Marruecos. Mas, como tantas veces, lo hace mutiladamente. Como ya he recogido en una nota a pie en la página anterior, la doctrina colonial francesa se basa en tres cimientos: conquistar, dominar y solo después pacificar por la vía política, cultural y económica.

Sin embargo, España, antes de conquistar y dominar e incluso antes de que le sean reconocidos sus derechos sobre la zona de influencia que le acabaría siendo reconocidos por el Tratado hispano-francés de 1912 (¡España aparece subcesionaria de unos derechos sobre Marruecos, condición reconocida no

19 Sobre «La penetración pacífica franco-española: sus consignas y sus tácticas», denominación que encabeza uno de los apartados del libro, Morales Lezcano, V. (2006). *Historia de Marruecos*. Madrid, La Esfera de los Libros, p. 164, señala: «La terminología es de origen francés y empezó a circular con anterioridad a que el ministro de Exteriores, Theophile Delcassé (1899-1905), la impusiera en calidad de consigna gubernamental para canalizar la actuación colonial republicana en Marruecos».

Como manifiesta Claeyss, L. (2001). *Delcassé*. Pamiers (Francia), Alcalá, p. 93: «A la conquista debe suceder ahora la puesta en valor de las colonias... El ejército colonial no debe limitarse a ser nada más que una fuerza de protección de las fronteras reconocidas. Ha llegado el momento de "dejar que la agricultura, las obras públicas fecunden lo que la espada ha conquistado"». Delcassé, muchos años ministro de Colonias, Exteriores y Marina de Francia, fue gran impulsor de la Ley de agosto de 1893 por la que se creó el ejército colonial francés. Vid. el libro que acabo de citar, pp. 93 y ss.

por este país como cedente, sino por el cesionario principal, Francia!), empieza a acrecentar su presencia en la cornisa norteafricana expandiendo su acción paso a paso a partir de Melilla.

El empuje de los intereses económicos plasmados en las concesiones sobre las minas de Uixan otorgadas en 1907 a la Compañía Española de Minas del Rif por el falso sultán El Roghi, las necesidades derivadas de la construcción del subsiguiente ferrocarril, la ocupación de La Restinga, la del Cabo de Agua y el avance hasta el río Muluya bajo el pretexto de cubrir vacíos de poder propiciados por la lejanía del sultán de Fez, y, por fin, las frecuentes escaramuzas de mayor o menor fuste, todo ello desembocó el 27 de julio de 1909, más de tres años antes de la formalización del protectorado español sobre Marruecos, en el tremendo descalabro del barranco del Lobo donde perdieron la vida el general Pintos y militares españoles de toda graduación como, entre otros muchos, el que tiene una estatua conmemorativa frente al Palacio de Oriente sufragada por el propio Alfonso XIII, me refiero al laureado capitán Melgar.

Ante este panorama descrito a muy grandes trazos, al gobierno de Antonio Maura y a su ministro de la Guerra, el general Agustín Luque, no les quedó más remedio que atender los angustiosos e insistentes requerimientos de refuerzos que les dirigía el gobernador general de Melilla, el prudente y prestigioso general de división José Marina Vega. La 3.^a Brigada Mixta embarca en el puerto de Barcelona. La opinión pública se embravece indignada por la pérdida de vidas humanas y porque la carga luctuosa de la guerra guadianesca de Marruecos recaiga principalmente sobre las espaldas de las mismas clases sociales, los más humildes. Los partidos políticos y la prensa avivan el incendio socio-político que progresa amenazador. Graves, muy graves incidentes se suceden en el puerto de Barcelona cuando varios batallones, entre ellos los de Mérida, Estella y Reus, se embarcan a mediados de julio de 1909. La Semana Trágica golpea la puerta y el ¡Maura, no! se propaga estridentemente propiciado por los acontecimientos bélicos que el impreparado, bisoño y carente de adaptación al medio ejército regular español tiene que afrontar en un Marruecos cuyas temidas fauces se abren para engullir muchos hijos de los sectores populares españoles.

En el último tramo de 1909 y tras cinco meses de batallar termina, por fin, la llamada desde entonces campaña del Rif²⁰ con la ingenuidad propia del desconocimiento de los terribles hechos bélicos que tendrían lugar en aquella reseca, montuosa y amenazante zona protagonizados diez años después por el general Manuel Fernández Silvestre. El balance del pronto conocido como desastre de Annual anonada: participaron en

20 Así, por ejemplo, se recoge en el tomo segundo, primera parte de *Historia de las campañas de Marruecos*. (1951). Madrid, Estado Mayor del Ejército, Servicio Histórico Militar, pp. 5 y ss. Hay que distinguir esta campaña de lo que autores como Ayache, G. (1996). *La guerra del Rif*. París, L'Hamattan, denominan la guerra del Rif a raíz del desastre de Annual en la segunda parte del mes de julio de 1921.

dicha campaña 47.000 militares integrantes del ejército regular español. Algo más de 4.000 fueron los heridos. Los muertos, algo más de 500.

Mas la pesadilla de la sinuosa e intermitente guerra de Marruecos no cesa tras concluir la campaña del Rif de 1909. Nuevos cabecillas —el Mizzian y Hach Amar— de cábilas más o menos cercanas a Melilla hostigan puestos y servicios militares y civiles españoles. En contadas palabras, todo acaba en una nueva campaña, ahora llamada guerra del Kert, que se prolonga durante 1911 y 1912 con el consiguiente nuevo pago en forma de vidas españolas y profundos tajos al presupuesto de un Estado que desatiende necesidades muy básicas²¹.

Llueve sobre mojado, más bien sobre empapado, la sociedad española comenzaba a estar verdaderamente harta de los enfrentamientos en la parte nororiental de Marruecos que tantos sacrificios personales y materiales estaban ocasionando. Las consecuencias de estos enfrentamientos prendían, como lo harían a lo largo de aproximadamente quince años más, cual aceite que contribuía poderosamente a transformar lo que los desavisados consideraban humo blanquecino de fogata de paja en pavoroso incendio que heriría de muerte al fragilizado sistema político canovista.

El Raisuni, en la parte occidental del ya protectorado español en Marruecos, y Abd-el-Krim en la central y oriental unos años más tarde entrarían en la escena para contribuir, junto a las equivocaciones de políticos y militares españoles, aunque entre estos el descollante fuera el general Silvestre, a sembrar de cadáveres marroquíes y españoles desde la Yebala, pasando por Gomara y el Rif hasta pararse en la cábila de Sidi Sicar, a las puertas de Melilla.

— • —

A la luz de lo que estaba sucediendo y las convulsiones sociales que fomentaba, y por mucho que la formación de un ejército colonial en pleno sentido siguiera siendo casi utopía inalcanzable, había que tomar alguna medida, había que hacer algo para que la sangría de soldados españoles no zarandeara constantemente el desestabilizado sistema político de la tambaleante Constitución de 1876.

Una acuciosa mirada organizativa se tendió entonces hacia los habitantes de las zonas marroquíes que España iba ocupando y pacificando con el fin de poner en pie una fuerza nativa capaz de sustituir en la primera línea de fuego a los amedrentados e insuficientemente preparados soldados españoles. Poco o nada decía un cadáver yebalí, gomarí o rifeño a la opinión pública española. Uno español la zarandeaba y exasperaba, azuzada por una prensa y por ciertos partidos políticos que bramaban contra el militarismo africanista que tantas víctimas españolas se cobraba en el norte de África.

21 Como señala Saro Gandarillas, F. (1996). Melilla y las campañas de Marruecos. En: *Melilla en la historia militar española*. Monografías del CESEDEN, agosto. Centro Superior de Estudios de Defensa Nacional: «Entre los conflictos propios del primer caso, incidencias con las cabilas cercanas a la ciudad, están las llamadas guerras de Margullo de 1893, campaña del Rif de 1909 y la guerra del Kert de 1911-1912».

— • —

Bebiendo de este ambiente y al hilo de lo acordado en la Conferencia de Algeciras, un Real Decreto de finales de 1909 —del 31 de diciembre exactamente— permitió organizar en Melilla unas unidades de policía indígena nutridas por nacidos en las cabilas fieles a España. Aunque modestas en número, estas unidades ya habían participado con buen resultado y el consiguiente tributo de sangre en la campaña de 1909.

La formación de la policía indígena constituye el antecedente inmediato de un paso decisivo en el establecimiento de un ejército colonial a la española. El decisivo paso siguiente a este, el de la creación del Tercio de Extranjeros, tardaría en llegar casi nueve años, una vez superadas fatigosamente las brumas de la indecisión y los variados obstáculos jurídicos, políticos y económicos a los que me referiré más adelante.

— • —

En la Orden Ministerial firmada por el ministro y teniente general Agustín Luque Coca en Madrid el 30 de junio de 1911 se leía: «Parece llegado el momento de ir creando tropas nutridas con los elementos indígenas afectos a España, que sirvan de núcleo para la organización de fuerzas indígenas regulares, con cohesión y disciplina, y capaces de cooperar en las operaciones tácticas con las tropas del Ejército». Después de la afirmación no exenta de cinismo de «parece llegado el momento de ir creando tropas nutridas con los elementos indígenas afectos a España», aparece una justificación que revela lo tardío y tímido del proyecto: «Los brillantes y positivos resultados obtenidos por otras naciones mediante la organización y empleo de estas tropas, y los excelentes servicios prestados hasta ahora por las fuerzas indígenas organizadas en Melilla, con carácter de ensayo, por Real Decreto de 31 de diciembre de 1909, aconsejan perseverar con firmeza, aunque con la prudencia que las circunstancias exigen, en el paulatino desarrollo de estas fuerzas, conservando las actuales con su carácter de policía militar y auxiliar del Ejército y creando nuevas unidades que puedan, por su organización, constituir la base y, en su día, la parte principal del Ejército de nuestras posesiones y territorios ocupados por nuestras tropas en el continente africano». Bonita declaración es esta aunque teñida al mismo tiempo de pacatería y de emboscada poca confianza en lo que se pone en marcha. Aun así es la primera viga de un posible futuro ejército colonial. El Tercio de Extranjeros no se vislumbra todavía en el horizonte cercano.

El reclutamiento, según el artículo 6 de la Real Orden de 30 de junio de 1911, «se efectuará entre los naturales de Marruecos que se presenten en Melilla y Ceuta y territorios ocupados por nuestras tropas en las inmediaciones de las citadas plazas...». Esa regla rompe con algo y eso costaría caudales de sangre en Annual y los episodios luctuosos que lo acompañaron: las tropas indígenas no deben proceder de los lugares donde van a tener que enfrentarse con individuos

del mismo origen. La fuerza que se constituye poco se asemeja, además, a un verdadero ejército colonial, pues se limita a «un batallón de infantería con cuatro compañías y un escuadrón de caballería».

3. Un proyecto en busca de quien lo encarne: el teniente coronel Dámaso Berenguer Fusté

Como señalaba líneas atrás, para el éxito de un proyecto es más que conveniente que se vea encarnado en una persona que, cuanto más firmeza, convencimiento y determinación demuestre en ello, más posibilidades de fraguar con fuerza tendrá aquél.

La iniciativa de la creación de las fuerzas regulares indígenas tuvo suerte, pues logró desde el primer momento que se personificara en un militar con muchos frutos ya a sus espaldas, y que en un futuro a medio plazo iba a desempeñar un papel principal en los abominables sucesos que prendieron en Annual y a largo plazo viviría los estertores de la monarquía alfonsina como su penúltimo presidente del Gobierno, al tiempo que desempeñó en este largo camino puestos tan destacados como subsecretario y ministro de la Guerra, alto comisario en Marruecos y jefe de la Casa del Rey Alfonso XIII²².

«Para mandar estas fuerzas el ministro de la Guerra (el teniente general Agustín Luque Coca) no lo dudó un instante. Por la importancia y las misiones que iban a encomendarse a la unidad debía ser un hombre con demostrada experiencia en combate, excelentes dotes de mando y gran capacidad de organización. Debía ser conocedor del indígena, de sus costumbres, que hablase su idioma y, sobre todo, que estuviese poseído del convencimiento de la importancia de la labor que España debía desarrollar en Marruecos. El general Luque no podía olvidarse del bravo teniente que cuando operaba a sus órdenes en Cuba le auxilió al caer herido en la acción de Paso Real. No podía olvidar al que fue su eficiente capitán ayudante de campo, primero en Cuba, y en la Capitanía General de Andalucía después. Por ello, para el mando y organización de lo que sería la primera unidad de choque, designó al que ya desde 1909 y acudiendo donde consideraba que España le necesitaba, realizó la campaña de Melilla al mando del Grupo de Escuadrones, y el que pasó a organizar como segundo en el mando el Regimiento de Cazadores de Taxdir, de Caballería, en junio de 1910»

22 Como afirma Agustín Muñoz-Grandes Galilea en la página 3 de la comunicación ya citada: «Se toma conciencia de la necesidad de crear un "Nuevo Ejército de África" reforzando las unidades españolas con tropa de indígenas, reclutados de las cabilas que se llamarán "Fuerzas Irregulares Auxiliares", que resultan poco fiables y poco eficaces. El paso importante lo da en 1911 el teniente coronel de Caballería Dámaso Berenguer con la creación de los regulares que pasan a ser soldados profesionales a los que impone disciplina, instrucción, valor y sacrificio».

Así, el 23 de julio de 1911 (D. O. n.º 162, de 24 de julio) es designado para el mando de las Fuerzas Regulares Indígenas de Melilla el teniente coronel de Caballería D. Dámaso Berenguer Fusté. El primer jefe de estas fuerzas que andando el tiempo se convertirían en las más condecoradas del Ejército español»²³.

Personificadas en Dámaso Berenguer, las Fuerzas Regulares Indígenas arrancaron con brío. El carácter, fuerte, voluntarioso y decidido de este teniente coronel atrajo pronto el interés de oficiales que acabarían destacando en la pavorosa Guerra Civil y sus prolegómenos en los dos bandos fratricidamente enfrentados. Sobre los demás descolla el comandante mayor y segundo jefe Leopoldo Ruiz Trillo²⁴, que como divisionario ocuparía la cabeza de la segunda división orgánica en tiempos del ministro de la Guerra republicano Manuel Azaña, sin olvidar al capitán de la primera compañía Francisco Llano de la Encomienda, que mandó las fragmentadas fuerzas militares que se opusieron al avance de las del general Franco que acabarían tomando Bilbao. Añado un dato más de los oficiales que desempeñarían un papel resaltable en la historia de España. En la primera compañía, que mandaba el futuro general republicano Llano de la Encomienda, era primer teniente Emilio Mola Vidal, conocido como el «director» del levantamiento militar que se inició en Melilla el 17 de julio de 1936.



El nombramiento del teniente coronel Dámaso Berenguer a la cabeza de las recién creadas Fuerzas Regulares Indígenas fue un acierto para la suerte inicial de estas²⁵. Personificó a carta cabal el proyecto. Hombre de espíritu robusto, de determinación férrea y con habilidad para moverse por los entresijos castrenses y extracastrenses, dio un fuerte impulso de arranque a las nuevas unidades

23 Jiménez Domínguez, J. M.ª; Pérez Santaella, J. L.; García del Río Fernández, J. y González Rosedo, C. (2013). *Fuerzas Regulares Indígenas, de Melilla a Tetuán. 1911-1914. Tiempos de ilusión y de gloria*. Madrid, Almena Ediciones, p. 50.

24 La referencia que hace la revista *Tabor*, número 29, agosto de 2010, p. 17, a Leopoldo Ruiz Trillo es la siguiente: «Nacido el 26 de marzo de 1869, fue el organizador y primer jefe que tuvo la Plana Mayor de las Fuerzas Regulares Indígenas, jugando asimismo un importante papel en la organización de la unidad, al frente de la cual sucedió al teniente coronel Dámaso Berenguer Fusté entre el 22 de junio de 1914 y el 9 de agosto de 1915.

- Diplomado en Estado Mayor, ascendió a general de brigada en 1922 y de división en 1928, ocupando los cargos de vocal del Consejo Supremo de Guerra y Marina y jefe de la IV División de Infantería.
- Durante la II República fue vocal del Consejo de las Órdenes Militares, jefe de la V Región (Zaragoza), jefe de la II División Orgánica de Sevilla (17-06-1931 al 26-02-1933) y jefe del Cuarto Militar de la Presidencia de la República».

25 En este sentido afirma Bueno Carrera, J. M. (1989). *Regulares*. Madrid, Aldaba ediciones, p. 7: «Así el 30 de junio de 1911 se decreta la creación de un Batallón Indígena compuesto por 4 compañías de infantería y un escuadrón de caballería; para el mando y organización de esta unidad experimental se pone a un soldado de prestigio: el teniente coronel Dámaso Berenguer Fusté; Melilla es el punto elegido para la concentración y adiestramiento de la nueva tropa. En octubre de este mismo año el batallón cuenta ya con 20 jefes y oficiales, 300 soldados indígenas y 127 caballos. La certeza de que esta tropa será empleada en primera línea hace que lo más granado del Ejército se aliste en ella, así encontramos entre sus primeros oficiales nombres tan conocidos como: Mola, Cabanellas, Monasterio, Llano de la Encomienda, etc. El batallón toma el nombre de Fuerzas Regulares Indígenas».

indígenas ayudado por su dominio del árabe y rodeado de subordinados de excelentes cualidades, entre los que despuntaba el ya citado comandante Leopoldo Ruiz Trillo, buen organizador que contribuiría a canalizar debidamente el empuje de su jefe.

Sin embargo, Berenguer era hombre que quería y acabaría volando muy alto. Al frente de los Regulares duró poco. El 25 de marzo de 1913, sin cumplir dos años a su cabeza, pasó a otro destino. No obstante, había tenido el tiempo suficiente para sembrar las semillas que acabarían fructificando en los ocho grupos de regulares asentados a lo largo y ancho del Protectorado español y los dos de Ceuta y Melilla más dos grupos de caballería, eje fundamental del rudimentario ejército colonial español, al que el Tercio de Extranjeros tardaría todavía unos años en añadirse. En suma, la misión vital de Berenguer no eran los regulares, a diferencia de Millán Astray, para quien sí lo fue la hoy Legión. Berenguer miraba mucho más allá; Millán Astray agotaba su mirada en «su Legión».

IV. Prolegómenos de la creación del Tercio de Extranjeros

1. Los vaivenes del proyecto de organización de un ejército colonial

La creación de las Fuerzas Regulares Indígenas fue un indudable paso adelante hacia la formación de un ejército colonial. Pero era parcial, nutrido solo con tropas reclutadas en las zonas donde, a la postre, acabarían teniendo que enfrentarse a sus paisanos más o menos cercanos.

Además, el ejemplo francés, tan presente en toda acción gubernamental española de los primeros años del siglo pasado, era seguido únicamente en parte. El modelo francés de presencia militar en las colonias, es decir, de ejército colonial propiamente dicho, se sustentaba sobre dos pilares fundamentales: unidades indígenas procedentes de colonias alejadas de aquellas en las que operaban —zuavos, tiradores de Senegal y *spahis* principalmente—, y unidades de europeos, blancos como se decía en la época, de nacionalidad distinta a la francesa.

Con el arranque de las Fuerzas Regulares Indígenas se empezaba a erigir en España el primer pilar del modelo francés, aunque fuera con muchas limitaciones y problemas, como los que estallarían en Annual y sus secuelas, en buena medida alimentados por la procedencia del reclutamiento aquéllas.

«La primera mención a la conveniencia de contratar voluntarios europeos, que será el modelo finalmente adoptado a la hora de crear el Tercio de Extranjeros, data de 1912, antes del establecimiento del Protectorado. El texto, salido de la pluma de un militar, Narciso Gibert, quien ocupará la Subsecretaría de Estado el año siguiente en el Gobierno de Romanones,

hace un encendido elogio del ejército colonial británico, donde el mando es ejercido por oficiales ingleses que disfruten de sueldos elevados y de bastantes privilegios, “tales como el deberles sumisión los oficiales indígenas, aun cuando sean de mayor empleo y antigüedad”. No obstante, se decanta por el modelo francés, a base de soldados europeos no franceses e indígenas»²⁶.

Ahora bien, frente a lo embrionario del proyecto de ejército colonial, la guerra de Marruecos no dejaba de afilar sus garras y frecuentemente propinaba crueles zarpazos dejando, junto a las marroquíes, muchas víctimas españolas en el camino. Aunque la parte oriental del Protectorado dormía relativamente tranquila bajo la acción pacificadora paulatina y prudente del comandante general Luis Aizpuru, la occidental daba disgustos luctuosos mucho más a menudo que lo aceptable para la sensibilizada sociedad española y digerible por buena parte de los partidos políticos. A pesar de los esfuerzos apaciguadores del alto comisario, el ya teniente general José Marina Vega, el segundo en este cargo tras sustituir al poco eficaz general Felipe Alfau, los enfrentamientos con los harkas de el Raisuni eran frecuentes alentados por las veleidades y vaivenes de este cabecilla principal de la parte occidental del protectorado. Por si lo dicho fuera poco, Fernández Silvestre, primer comandante general de Larache, que, tras cesar en este puesto, acabaría regresando a Ceuta y Melilla después de un largo periodo palaciego al que le arrastraron sus enfrentamientos con el general Marina, no paraba de guerrear por su cuenta enzarzado en una lucha sin cuartel con el Raisuni.

En este ambiente la necesidad cada vez más acuciosa de organizar un ejército colonial que mereciera tal nombre era tan evidente como desdibujada por la inestabilidad política, la falta de dirección militar firme y constante y el paréntesis anestésico de la Gran Guerra.

A pesar de lo dicho, junto al muy inicial apuntado en líneas anteriores, vislumbres de la necesidad seguían saltando a la superficie. A lo largo de una publicación de la Residencia de Estudiantes, Manuel González Hontoria, años después ministro de Estado, defendía abiertamente, además del reforzamiento de los regulares, la organización de una Legión extranjera, aunque con el tan inoperante como

26 Rodríguez Jiménez, J. L. ¡A mí...!, p. 69.

Sin embargo, como señala Togores, L. E. *Millán Astray...*, p. 66: «Ya en 1893 Manuel Scheidnagel había publicado el libro *Ejército Colonial, proyecto para su aplicación en nuestras posesiones de Oceanía*, en el que se hablaba de la creación de un ejército profesional, con tropas peninsulares y nativas, que prestasen exclusivamente servicio en ultramar. Unas fuerzas similares al ejército colonial británico de la India o a los *spáhís*, tiradores argelinos o tonkineses, o a la Legión Francesa que liberasen a los reclutas metropolitanos de la dura carga que suponía el combate en escenarios coloniales. La pérdida de la casi totalidad de las colonias en 1898 convirtió el proyecto en algo carente de sentido. Pero, dos décadas después, con miles de reclutas operando en las cercanas y al mismo tiempo remotas tierras del Magreb, la idea volvía a cobrar fuerza entre amplios sectores de la milicia».

ingenioso matiz de que su captación se llevara a cabo en la Guinea colonial española²⁷.

Bastante más revelador fue, a mi juicio, el documento *Antecedentes para un proyecto de ley orgánica militar* que en su día ha de presentarse a las Cortes²⁸. Este importante documento data de agosto de 1916 y lleva el encabezamiento de su impulsor el ministro de la Guerra teniente general Agustín Luque Coca. Dentro de él figura un estudio de una organización del Ejército de África realizado por el Estado Mayor Central en cumplimiento de lo dispuesto en la Real Orden de 21 de junio de 1916.

Este estudio estructura la organización del «Ejército de África» en varios artículos. Del 14 al 17 se ocupa el «Ejército colonial de África». De ellos entresacamos al artículo 14, a cuyo tenor: «Para los fines inherentes a la acción de España en la zona del protectorado asignada en Marruecos, se organizará el ejército colonial de África a base de recluta voluntaria, con premio, de individuos españoles e indígenas». Sin embargo, el artículo 15 puntualiza: «Interin los cuerpos y unidades que constituyen la guarnición normal de las referidas zonas no puedan en su totalidad nutrirse con voluntarios con premio, se completarán las plantillas correspondientes con individuos procedentes del reemplazo anual».

En contadas palabras, se apunta la creación de un ejército colonial integrado por españoles e indígenas, no por extranjeros que no sean estos últimos, pero, como se trata de una iniciativa de largo aliento, los soldados del reemplazo anual, es decir, la parte del personal del Ejército español de planta general, seguirá siendo la espina dorsal de nuestras tropas en un protectorado ya por entonces bastante inflamado en llamas.

Los buenos propósitos del documento al que me acabo de referir quedaron pronto en aspiración sin alma ni motor que lo impulsara.

Además del adormecimiento de la Gran Guerra y la venda que los dirigentes políticos se ponían ante los ojos para no dar una respuesta clara y decidida a la constante pregunta de ¿qué hacer en Marruecos tras el protectorado?, aparecieron en escena las llamadas juntas de defensa, legalizadas en 1917. De fuerte impronta corporativa y encabezadas por el coronel del Regimiento de Vergara acantonado en Barcelona Benito Márquez, una de las palancas que les dio vida y les insufló ánimos hasta su caída en 1922 fue su terne actitud frente a las pautas de beneficiosa promoción y ascensos de los militares que pisaban territorio marroquí. Aunque acabaron ayudando al gobierno de turno en la represión de la huelga general de 1917, mantuvieron constantes fricciones con la política militar patrocinada por el desfile de gobiernos y ministros de la Guerra. Centrados en lo que ahora nos interesa, «también propugnaban, y este

27 Se trata de la publicación *El Protectorado francés en Marruecos y sus enseñanzas para la acción española*. (1915). Madrid, Publicación de la Residencia de Estudiantes.

28 Ministerio de la Guerra. (1916). Madrid, Talleres del Depósito de la Guerra.

es el tema fundamental para los africanistas, la creación de un nuevo ejército, independientemente del peninsular y dotado de un cuerpo colonial cuyos mandos habrían de figurar en un escalafón diferente... como era preceptivo en los ejércitos coloniales francés y británico. De ponerse en práctica esta propuesta, los oficiales destinados con carácter voluntario en África permanecerían siempre en este destino, de forma que los destinos peninsulares quedarían cerrados para ellos, por lo que va a ser duramente contestada por los oficiales que han venido realizando su carrera militar en África»²⁹.

La creación del ejército colonial seguía en el candelero, ahora de la mano de las exigencias de las juntas de defensa. Pero lo hacía de una manera condenada al fracaso nada más ser apuntada, aunque fuera idea de plasmación lejana en el tiempo. ¿Cómo iba a crearse un ejército colonial independiente del peninsular cuando su punto de arranque era únicamente las aún entonces balbucientes Fuerzas Indígenas Regulares? ¿Con qué fondos presupuestarios se iba a afrontar tan gravosa tarea? ¿Cómo comparar el raquítico territorio colonial o paracolonia español con los enormes imperios franceses y británicos, que permitían componer fuerzas militares nativas nutridas de muy distinta procedencia? ¿Cómo menguar la carrera de la oficialidad destinada en la península que ponía sus ojos deseosos en las tierras norteafricanas, y el de los que prestaban sus servicios en estas que aspiraban al remanso de los cuarteles de la península? El proyecto de ejército colonial de los junteros era inviable militar, política y económicamente, pero ponía sobre el tapete, una vez más, el abrasador problema de qué y cómo proceder militarmente en un protectorado en el que la guerra solapada no dejaba de dar lanzadas a la espera de declararse total y abiertamente, para lo cual había que esperar a que el guerrear del sempiterno Raisuni acabara coincidiendo con el nuevo y poderoso de Abd-el-Krim, y a que los enfrentamientos en mayor o menor medida fragmentarios se transformaran en el pavoroso y devastador incendio que se desató en Annual.

2. Proyectos y más proyectos en manos de ministros y más ministros

Se siguen trenzando los ministros de la Guerra por este orden: en 1917, Luque, Primo de Rivera y Marina; en 1918, de la Cierva y Marina otra vez, hasta que el 9 de noviembre de 1918, después de ser subsecretario del departamento, ocupa esta cartera un viejo conocido en el empeño de potenciar las fuerzas coloniales nativas: el ya general de división Dámaso Berenguer Fusté.

Berenguer era sobradamente consciente de las necesidades militares de un Protectorado que poco protector era, pues con altibajos era más bien mero

29 Rodríguez Jiménez, J. L. *¡A mí...!*, pp. 75 y 76.

escenario de enfrentamientos armados, sobre todo en la parte occidental³⁰. Con la creación de los Regulares había sido hacedor principal del primer paso dado para resolver el problema según las pautas de las principales potencias coloniales. Pero como Berenguer apenas ocupó dos años la Jefatura de la nueva formación indígena, al abandonar Melilla en pos de un horizonte mucho más ambicioso, el proyecto se desinfló bastante con su ausencia³¹.

Berenguer, primero como subsecretario de la Guerra bajo la autoridad de otro ya mencionado africanista, aunque templado por formación y carácter, el teniente general José Marina Vega, y después como fugaz ministro del ramo se ocupó cuanto pudo de subir lo que acabaría siendo un escalón más en la empinada y pedregosa escalera que remonta hasta el nacimiento del Tercio de Extranjeros. Se trata de la Ley aprobando las bases para la reorganización del Ejército contenidas en el Real Decreto de 7 de marzo del año actual (es decir, 1918), publicada en la *Gaceta de Madrid* del domingo 10 de junio de 1918³².

30 Como afirma Villabona, J. L. *El Protectorado...*, p. 81: «La firma del convenio hispano-francés de 1912 obligó a España a iniciar la labor protectora sobre un territorio en cuya mayor parte la autoridad del Maizén era muy limitada. La resistencia que presentaron las cabilas a la penetración española, el retraso tecnológico que imperaba en España y en Marruecos, la prácticamente nula efectividad en la recaudación de impuestos y la escasa integración interna del mercado de la zona —a consecuencia de las pocas y malas comunicaciones— lastraron enormemente el desarrollo económico. Para hacer frente a la acción en Marruecos, entre 1913 y 1927, España destinó cerca del 10 % de su presupuesto, pero lo más significativo es que, desde 1914, el 90 % de dichas cantidades fueron absorbidas por los gastos militares. Poco podía hacerse con el resto».

31 Señala Montes Ramos, J. (2003). *Los regulares*. Aguilar, pp. 28 y 29: «Las Fuerzas Regulares tuvieron dificultad para formarse. Hasta enero de 1912 no se pudieron incrementar sus quinientos efectivos iniciales hasta los novecientos hombres con los que se pudieron organizar seis compañías de infantería y tres escuadrones de caballería.

«Y no fue hasta 1914 cuando, al organizarse todas las fuerzas indígenas, pudieron cubrirse los efectivos de otros tres grupos más. Estos tres últimos grupos no se formaron con nuevas incorporaciones de voluntarios, sino transformando las unidades indígenas, regulares o irregulares, ya existentes. Con esta reorganización todas estas unidades pasaron a denominarse grupos de Fuerzas Regulares Indígenas».

En efecto, el Grupo de Fuerzas Regulares Indígenas de Larache número 4 fue creado por la Real Orden Comunicada de 31 de julio de 1914 y su primer jefe fue el teniente coronel Federico Berenguer Fuster, el hermano de Dámaso, prolongando así la relación de esta familia de militares con los regulares. El siguiente, el Grupo de Fuerzas Regulares Indígenas Alhucemas número cinco, no llegó hasta la Real Orden Comunicada de 29 de julio de 1922; su primer jefe fue el laureado teniente coronel Rafael Valenzuela Urzaiz.

32 El artículo 1.º de la Ley de 29 de junio de 1918 establece en su primer inciso: «Se aprueban, con la redacción que aparece en el anejo número 1, las bases para la reorganización del Ejército, contenidas en el artículo 1.º del Real Decreto de 7 de marzo último, a las cuales se otorga en esa forma carácter y fuerza de ley».

A su vez, el cuarto párrafo de la letra b de la base primera del Real Decreto de 9 de marzo de 1918 por el que se aprueban las bases para la reorganización del Ejército dispone que, junto al Ejército de la península y las guarniciones de los archipiélagos de Baleares y Canarias, forma parte del Ejército de Primera Línea el Ejército Colonial de África. Con respecto a este añade escuetamente el precepto antes invocado lo siguiente: «De cuantía proporcionada a la misión encomendada a España en la zona del Protectorado, y compuesto de tropas peninsulares e indígenas, procedentes, en la mayor proporción posible, de la recluta voluntaria».

Berenguer tuvo poco tiempo para traducir en algo real lo plasmado en la *Gaceta de Madrid*, pero lo aprovechó³³. Como subsecretario del ministro Marina desde julio de 1918, primero, y como ministro después del 9 de noviembre de 1918 hasta el 27 de enero de 1919 que pasó a ser alto comisario en Marruecos, impulsó el llamado proyecto de bases del Ejército colonial. En este proyecto se preveía la organización a título de ensayo de una compañía de características coloniales y, si todo rodaba bien, podría incrementarse esta unidad con otras compañías y batallones hasta alcanzar tres mil legionarios. El proyecto no acabó cuajando debido, entre otras razones, a las discrepancias entre el generalato concernientes a cuestiones que iban más allá de la creación de tan pacata fuerza legionaria. Pero aun así, aparece ya en un proyecto de carácter normativo una regulación específica de lo que acabaría siendo el Tercio de Extranjeros, cuyo alumbramiento se iba prefigurando.

Tras el fugaz paso por el palacio de Buenavista de los generales Diego Muñoz Cobos y Luis de Santiago, el nuevo ministro de la Guerra, Tovar y Marculeta, subió el siguiente desnivel en la empinada pendiente que recalaría en el nacimiento de la hoy Legión.

Con todos estos antecedentes, el general Antonio Tovar, bregado en Cuba y Filipinas y que había participado en la heroica acción de Taxdirt en tierras marroquíes cercanas a Melilla, encomendó al Estado Mayor Central del Ejército estudiar la puesta en pie de una fuerza de voluntarios retribuidos de origen no español, que, junto a las regulares que ya iban cobrando entidad en forma de cuatro grupos, integraran el Ejército colonial de África al que alude la Ley de 1918. El encargo cayó en buenas manos. No solo por el prestigio y la autoridad del muy veterano teniente general Valeriano Weyler y Nicolau, a la sazón jefe del Estado Mayor Central del Ejército, sino por la experiencia política (había sido ministro de la Guerra nada menos y nada más que en cuatro veces) y por la reconocida trayectoria colonial que arrastraba desde Cuba. Allí tuvo que padecer los inconvenientes del ejército tradicional y sus métodos para afrontar la guerra de guerrillas o guerra irregular e intermitente con sorpresivos ataques de reducidos contingentes enemigos que encontraban su arma principal en la flexibilidad y el conocimiento del terreno.

Aunque muy metido en años para encarar tamaña tarea, nacido en septiembre de 1838 estaba cercano a los ochenta, se tomó con interés el encargo y para

33 Como advierte Muñoz-Grandes Galilea en la página 4 de la comunicación antecitada: «Mientras el Estado Mayor Central en la península parece anclado en el modelo prusiano y en la forma de combatir de las sangrientas batallas de la 1.ª GM, Berenguer asimila una nueva doctrina para la lucha colonial, basada en los principios de "movilidad, potencia de fuego, y sobre todo, liderazgo y moral de victoria. Se necesita un Ejército colonial nuevo que sustituya al formado por tropas peninsulares de reclutamiento forzoso que entraban en combate con un adiestramiento muy pobre. Un Ejército que se sienta apoyado por la sociedad que, si está suficientemente informada de la trascendencia de la misión en la que se ha empeñado España, podrá aceptar las bajas que se produzcan. Y eso ocurre con la Legión».

ello contó con valiosos colaboradores³⁴. «En el estudio iniciado por el Estado Mayor Central en 1918 el comandante José Domenech fija la atención en el modelo francés, que había desplazado al alemán a raíz de su victoria en la guerra europea y la eficacia de su acción colonial»³⁵.

Pero Tovar y Marculeta, víctima de la ruleta ministerial, no fue quien recibió el informe que había solicitado al Estado Mayor Central del Ejército. Pocos días antes de que este documento aterrizara en la mesa ministerial, el último día de 1919, había sido sustituido el 15 de diciembre por el también africanista José Villalba Riquelme, hombre de modos reflexivos y estudiosos, que iba a saltar con papel estelar al escenario del Tercio de Extranjeros.

La antorcha no del muy ambicioso proyecto de organizar un Ejército colonial en plenitud, sino de algo más parcial pero factible como crear el Tercio de Extranjeros pasó a manos que sabían lo que sostenían. Y lo hacía cuando la tenue llama que iluminaba el alumbramiento de la fuerza legionaria acababa de ser avivada por un buen chorro de aceite. Así fue, en el informe que encontró sobre su mesa Villalba Riquelme constaba una clara y contundente conclusión en favor del modelo organizativo encarnado en la Legión extranjera francesa como parte del Ejército colonial en ciernes³⁶.

V. El proyecto de creación del Tercio de Extranjeros se antropomorfiza en José Millán Astray

1. El hombre indicado en el momento oportuno

Se había avanzado bastante en la pina cuesta del alumbramiento de la hoy Legión. Se contaba con textos normativos, periodísticos y doctrinales y el Estado Mayor Central del Ejército había acabado inclinándose por abrir definitivamente las puertas a esta nueva formación militar, embrión con los regulares del tan cacareado y siempre en el horizonte Ejército colonial que aliviara a los sucesivos gobiernos de la presión política y social que incendiaban los cadáveres de

34 Como recuerda De Silva, C. (1956). *General Millán Astray (el legionario)*. Barcelona, editorial AHB, p. 111: «El coronel Calvo, el comandante Domenech y el capitán Cuerda constituyen la Comisión encargada del proyecto. Los trabajos se llevan con serenidad y pronto elevan una memoria al ministro».

35 Ballenilla y García de Gamarra, M. A. *La Legión 1920-1927*. Fajardo el bravo editorial, p. 23.

36 El informe, en el que, junto al comandante Domenech Vidal, habían participado el coronel Calvo y el capitán Cuerda, tenía este punto de arranque, según recoge Rodríguez Jiménez, J. L. *¡A mí...!*, p. 83: «Por el momento, el esquema de partida establece dos grandes núcleos: el Ejército colonial regular propiamente dicho y el ejército del jalifa. El Ejército colonial estaría compuesto de fuerzas de las distintas ramas y cuerpos del Ejército regular español y, además, de las tropas regulares indígenas y de una compañía de legionarios extranjeros, los cuales podrán ir aumentando en efectivo según lo permita el resultado de la recluta y el criterio a seguir».

soldados y oficiales españoles enterrados en los cementerios católicos que crecían en tierras del norte del antiguo imperio cherifiano.

Los sucesivos ministros acariciaban la idea, pero no terminaban de hincar el diente en el duro camino de llevarla a cabo o por falta de pujanza política o por falta de tiempo. De la Cierva, Marina y Berenguer habían dado pasos de distinta condición, pero, salvo la Ley de 1918 dedicada al ejército en general con minúscula referencia específica al colonial de África, y algunos estudios e iniciativas, todo continuaba anclado en el limbo de lo deseable, de lo futurible, sin recibir el empujón definitivo para plasmarlo en la realidad de 1918 y 1919.

Esto era así porque, a la par que por razones políticas, corporativas y económicas, el proyecto de crear el Tercio de Extranjeros carecía todavía de algo esencial, de hallar la persona que lo antropomorfizara, que lo encarnara hasta el punto de alzarlo hasta la cima de lo que imbuía de pleno sentido a su vida. La persona que se identificara hasta tal extremo con dar vida real al Tercio de Extranjeros debía reunir atributos muy específicos presentes en grado sumo, hasta, si se me apura, en algunos aspectos histriónicos. Hacía falta, pues, alguien con el carácter, el factor humano que morara en él, adecuado para que, sumado al orteguiano medio vital³⁷ que conozca y en el que viva, encarnara briosamente y diera cuerpo real al proyecto legionario.

Es el momento de que aparezca a plena luz en la escena el coruñés José Millán Astray y Terreros³⁸.

El vendaval de la historia política de España y su traducción militar va a empujar a Millán Astray a la primera línea de la lucha por el alumbramiento de una vez por todas del Tercio de Extranjeros. Goza de plena madurez vital a sus treinta y ocho, treinta y nueve y cuarenta años (nacido en La Coruña el 5 de julio de 1879) cuando es ascendido, a primeros de enero de 1920, a teniente coronel de Infantería. Todavía no ha sufrido las cuatro heridas graves en acción militar

37 Como escribió J. Ortega y Gasset curiosamente en polémica con el futuro ministro de la Guerra Juan de la Cierva Peñafiel, «Reforma del carácter, no reforma de costumbres», *El Imparcial*, 5 de octubre de 1907. Ortega y Gasset, J. (2004). *Obras Completas, tomo I, 1902-1915*. Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Santillana Ediciones Generales S. L., p. 112: «No, señor La Cierva, señores celtíberos mal avenidos: las costumbres no son buenas ni malas. Es bueno o malo el carácter, es bueno o malo el medio vital, que suscita el carácter bueno o malo; pero la costumbre es irresponsable, es sencilla, trágica e ineludiblemente natural».

38 Como manifiesta Togores, L. E. *Millán Astray...*, p. 70: «Millán Astray se convierte así en el defensor de una idea que ya estaba probada con éxito por franceses y británicos, y que contaba en esencia con muchos partidarios por diferentes motivos entre amplios sectores del Ejército y de la política. El éxito de Millán Astray fue convertir en una realidad, luchando contra la burocracia, el papanatismo y la tradición mal entendida, un tipo de unidad militar ya inventada que en España se había de llamar Legión».

En el mismo sentido De Silva, C. *Millán Astray...*, p. 107, subraya: «En el año 1919 es cuando empiezan a realizarse las aspiraciones de Millán Astray sobre la fundación de un cuerpo de tropas españolas y extranjeras al servicio del pabellón de España. Todos sus pensamientos, todas sus meditaciones acerca de este proyecto, que arrancan de los lejanos y desventurados días de la campaña de Filipinas, van a encarnarse en realidades concretas. El momento es el más indicado, es la coyuntura más propicia, tanto por las circunstancias de la guerra de África como por las cualidades concurrentes en la persona del comandante Millán Astray».

—en el pecho, en la pierna derecha, en el brazo izquierdo y en el ojo derecho con pérdida y desgarros en el maxilar y la mejilla izquierda—, que, padecidas desde 1921 a 1926, conformarían el aspecto físico con el que pasaría a la historia.

De profunda y prematura vocación castrense fomentada por el respeto hacia lo militar de un padre muy fuera de lo corriente, abogado, funcionario, prolífico autor de novelas y ¡hasta de zarzuelas!, también se hallaba en las fechas a las que me refiero en pujante madurez militar. Había dado sus primeros pasos como segundo teniente en Filipinas y, salvo paréntesis como el del Regimiento Asturias número 31, conocía con hondura los problemas a los que se enfrentaba diariamente un ejército regular nutrido de quintos inexpertos y sin la debida preparación para lo que se les venía encima en un Protectorado con las hogueras de la guerra prendidas irregular e intermitentemente, pero en conjunto siempre alimentadas por sangre española. Podía hablar con enorme conocimiento de causa, pues, destinado en los regimientos Ceuta número 60 y del Serrallo número 69, había pisado tierra marroquí con el Ejército regular español, y, destinado más tarde en la Policía Indígena de Arcila y en el Grupo de Regulares número 4 de Larache, la había pisado también al frente de tropas nativas.

Pero todo esto, con serlo, no fue, en mi sentir, lo más importante. Bastantes oficiales españoles poseían la misma o parecida experiencia vital transcurridos ya algunos años desde que en noviembre de 1912 se abrieron las puertas del protectorado marroquí.

Millán Astray estaba harto de los indecisos, bisbiseantes y enmarañadores que tanto estaban lastrando la puesta en marcha, aunque solo fuera parcial, de un Ejército colonial pertrechado en las debidas condiciones para lo que se estaba lidiando bélicamente en Marruecos³⁹. En su alma centelleaba la determinación y el aliento poderoso del convencimiento hacía vibrar sus palabras. En contradicción con el proceder reptilíneo de algunos de sus compañeros y de tantos políticos que hablaban cuando era inocuo y callaban cuando era necesario, su carácter era rectilíneo en todo lo que condujera a la meta legionaria. Sus ojos, en suma, chisporroteaban con la mirada implacable del soldado colonial que vivía y sufría desde Filipinas la incapacidad de un Ejército regular nutrido de quintos para plantar cara a la amenaza del yebalí, del gomarí o del rifeño, que, agazapado con su inseparable «fusila» y apartado en un emboscado rincón, en una peligrosa anfractuosidad o desde engañosas alturas, regaba con sangre española aquel indómito suelo.

39 En palabras de Togores, L. E. *Millán Astray...*, p. 67: «España necesitaba modernizar sus Fuerzas Armadas. La prueba más evidente de esta realidad se comprobó en Annual. Lo peor del caso es que muchos sabían los problemas y carencias y permanecieron impasibles».

De Silva, C. *General Millán Astray...*, p. 39, se refiere al padre del prohombre de la Legión así: «El señor Millán Astray es abogado, funcionario del Estado y escritor inspirado».

Con independencia de la estéril polémica sobre la paternidad inicial de la idea del Tercio de Extranjeros, primero el comandante Millán Astray y después el teniente coronel de los mismos apellidos fue el auténtico zurcidor de las últimas entretelas que arroparon el amanecer de la fuerza legionaria, el último limpiador de la broza y maleza del camino coronado con la bienvenida al Tercio de Extranjeros como cimiento marmóreo de un ansiado Ejército colonial que contribuyera a limar el insoportable cúmulo de bajas españolas en la cruenta guerra de Marruecos.

2. El viaje a Argelia

Por fin, los astros se concertaron y Millán Astray halló quien lo escuchara con capacidad para que no quedara todo en agua de borrajas.

Como apunté ya, el teniente general Antonio Tovar y Marculeta sustituyó el 20 de julio de 1920 a su compañero y fugaz ministro de la Guerra Luis de Santiago. Acumula la experiencia colonial y paracolonia adquirida en Filipinas, Cuba y Marruecos y encuentra sobre su mesa del palacio de Buenavista el reto de desarrollar las previsiones de la Ley de 1918 en punto al previsto Ejército colonial secundadas por los informes que se inclinaban por la creación del Tercio de Extranjeros según el modelo francés. Tovar comparte esta necesidad y su trayectoria militar favorece que la sienta en sus entrañas, por lo que, con los mejores propósitos, encarga al Estado Mayor Central del Ejército nuevos informes en los que aparece sin embozo la propuesta de organizar una legión extranjera.

No se sabe si por la determinación inquebrantable de Millán Astray y su habilidad expresiva o por la preocupación del ministro por dar una salida airoso al asunto de la fuerza legionaria que ya abrasaba, lo cierto es que el general Tovar acabó recibiendo al comandante Millán Astray, que, en uno de los paréntesis en su vida colonial o paracolonia, estaba destinado en el madrileño Regimiento de Saboya.

El hambre y las ganas de comer coincidieron en el momento más oportuno. La convicción que el comandante desplegó, las capacidades que desveló incluido su aceptable francés y los conocimientos que desgranó sazonados con planes concretos de actuación para que el Tercio de Extranjeros dejara de ser una quimera confinada en los papeles, todo ello sumado a la necesidad de no seguir dando vueltas a la noria y entrar a matar, convencieron al ministro de la Guerra Tovar y Marculeta de que aquel era su hombre, que tenía ante sí a la persona que podía antropomorfizar el guadianesco proyecto que daría vida a los legionarios. En Millán Astray vislumbró la acción frente a tanto conceptualismo y vacilaciones.

Visto y hecho. El 5 de septiembre de 1919 el ministro lo designa para desempeñar una misión en Argelia tendente a estudiar la organización y funcionamiento de la Legión extranjera francesa⁴⁰.

Pero Millán Astray no desaprovecha oportunidad para robustecer el empeño que motiva el encargo de trasladarse a la Argelia francesa. Viaja previamente a Tetuán. Allí se entrevista con el prestigioso y hábil Berenguer y obtiene de él un redoblado apoyo a su proyecto y al viaje que lo alienta. Recibe sus consejos de los que toma buena nota, pues reconoce en el ahora alto comisario al padre de la otra pata del ansiado ejército colonial, los regulares que a trancas y barrancas van adquiriendo consistencia una vez constituido su cuarto grupo bajo la invocación de Larache. No pierde el tiempo. Se planta en Málaga desde donde toma el barco que lo traslada a Melilla. Su comandante general, el divisionario Luis Aizpuru, no tardará en ser sustituido por el tristemente famoso Fernández Silvestre, al ascender a la entonces cúspide del generalato. A pesar de la fragilidad de su apariencia, Aizpuru ha desarrollado una plausible tarea de pacificación y ha alejado de Melilla la presión siempre hostil del temido Rif. Le muestra facetas de la penetración pacífica que todavía no habían volado en mil añicos con la atronadora aparición de Abd-el-Krim y le facilita los medios de viaje que lo acercan a la frontera argelina. Coche, diligencia, autobús y tren son los vehículos que lo acaban depositando en Orán. Recibe información organizativa y táctica, y viaja hasta Tremecén para analizar la actuación de los legionarios en primera línea de combate. Contrasta ideas, comparte impresiones desde con el soldado legionario hasta con el general. Se esponja, absorbe todo lo que ve y escucha hasta convencerse, si cupiera todavía más, de que el ejemplo a seguir con las necesarias adaptaciones, que aquellos días contribuyen a perfilar, es el de la Legión Extranjera francesa⁴¹.

40 El ejemplo francés como punto de mira de nuestra futura Legión estaba en el ambiente. Pocos días después, el 25 de septiembre de 1919, el diario *El Imperial* plasmaba en la parte central de su primera página un largo artículo encabezado por «La pacificación de nuestra zona de influencia». En él se podía leer lo siguiente: «Francia llegó a poseer en tal alto grado la habilidad de las legiones extranjeras, que sus regimientos han sido, sin disputa, los más gloriosos en la guerra pasada, confirmando así la excelente reputación militar conquistada en las campañas de África. Nuestros futuros legionarios pueden ser igualmente un cuerpo disciplinado, y lo será si hay acierto en la recluta».

41 Como escribe el general Muñoz-Grandes Galilea en la página 5 de la comunicación antecitada: «El ministro Tovar autoriza la visita del comandante Millán a las unidades de marcha de La Legión Extranjera en Argelia (Sidi Bel Abbés y Tremecén). Se presenta al general Sherrier y al residente general Nivelles (alto comisario)». Pero al margen de visitas más o menos protocolarias, el todavía comandante quiere conocer la Legión Extranjera en su más cruda realidad. «Esto motivó» —relata Togores, L. E. *Millán Astray...*, p. 73— «que solicitase visitar el Regimiento de Marcha que estaba de guarnición en Tremecén. Inicialmente se le denegó el permiso, pues el regimiento iba a entrar en combate. Millán Astray alegó que, si no iba con la unidad, incumpliría las órdenes emanadas del propio rey de España, ante lo cual obtuvo el pasaporte que le permitía incorporarse a las unidades situadas en la línea de fuego. Las autoridades militares francesas accedieron, entre otros motivos, en agradecimiento a la acción de Alfonso XIII en favor de los prisioneros de guerra durante la recién concluida contienda.

Regresa a Madrid tan agotado como radiante y pletórico de todo lo que ha desfilado ante sus ojos enfebrecidos. Su inteligencia y su voluntad se empapan de la fructífera luz de aquellas aproximadamente tres semanas que convive en Argelia con las unidades militares tan especiales y adaptadas al terreno que pisan.

Pero el entusiasmo que lo anima al regresar a su mortecino destino madrileño no empaña lo que ya sin duda constituye la razón de ser de su vida hasta tal cabo que exigiría años después que sobre la lápida de su tumba únicamente figurara la invocación «legionario», como así fue en los muy primeros días de 1954.

Pero después de entregar su ardiente informe, un nuevo y grave obstáculo aparece en el tortuoso peregrinar del nacimiento del Tercio de Extranjeros. El general Tovar, a quien había tomado claramente la medida, abandona la cartera de la Guerra en uno de los constantes cambios de gobierno que aquejan al ya tambaleante sistema político canovista.

Dentro de lo que cabe el cambio no es del todo contraproducente. Como adelanté líneas atrás, ocupa el sillón del palacio de Buenavista el general José Villalba Riquelme. Hombre reflexivo, estudioso y dado a soluciones pactistas, le adorna una prolongada e intensa experiencia en el protectorado marroquí, en la que descolla el haber sustituido al explosivo Fernández Silvestre como comandante general de Larache y ser el segundo en ocupar esta jefatura tan envuelta en escaramuzas e incidentes bélicos con el guadianesco Raisuni.

Si el informe de marras no fue el pistoletazo definitivo, sí fue uno de los que contribuyeron poderosamente a que el ministro Villalba Riquelme diera una zancada crucial para que el anhelado nacimiento de la hoy Legión se plasmará en una disposición con rango suficiente. Con el Real Decreto de 28 de enero de 1920 el Tercio de Extranjeros llegó a la vida jurídica. Lo hizo con un breve texto que sonaba más a ruido de banda militar que a disparo real de artillería pesada. «A propuesta —se lee en dicho Real Decreto— del ministro de la Guerra y de acuerdo con el Consejo de Ministros, vengo en decretar lo siguiente:

»Con la denominación de Tercio de Extranjeros se creará una unidad militar armada, cuyos efectivos, haberes y reglamento por el que habrá de regirse serán fijados por el ministro de la Guerra».

La justificación de la propuesta de Villalba Riquelme que acabó siendo aprobada por el Consejo de Ministros es muy reveladora: «La conveniencia de utilizar

«En Tremeccén es recibido por el coronel Rollet, que pone a sus órdenes al capitán Dessaunay. En este puesto transcurre la mayor y más importante parte de su visita. No quiere plagiar sino estudiar su psicología, sistema de recompensas y castigos, las relaciones entre los mandos que aplica la Legión francesa en combate. Minuciosamente lo observa y lo anota todo, quiere desentrañar el secreto del éxito de esta unidad».

De Silva, C. *Millán Astray...*, p. 116, recalca la importancia de la estancia en Tremeccén: «... y Millán Astray va a Tremeccén. Allí lo recibe con gran cordialidad del coronel Rollet y pone a su disposición al capitán Dessaunay. Durante las semanas que pasa entre los legionarios franceses lo observa y lo estudia todo».

todos los atenuantes que puedan contribuir a disminuir los contingentes de reclutamiento en nuestra zona de protectorado de Marruecos inclina al ministro que suscribe a aconsejar como ensayo la creación de un Tercio de Extranjeros, constituido por hombres de todos los países que voluntariamente quieran alistarse en él para prestar servicios militares tanto en la península como en las distintas comandancias generales de aquel territorio».

Aspectos que estimo recalcales en este texto son los siguientes. La motivación socio-política del Real Decreto es «contribuir a disminuir los contingentes de reclutamiento en nuestra zona del protectorado». El instrumento para ello: «La creación de un Tercio de Extranjeros, constituido por hombres de todos los países». Llama la atención que el radio de actuación de la nueva fuerza no se ciña a la zona del protectorado, pues se extiende «tanto en la península como en las distintas comandancias generales de aquel territorio», es decir, el protectorado marroquí. El paso que se da es de carácter provisional, pues se atribuye a la creación del llamado entonces Tercio de Extranjeros carácter de «ensayo».

— • —

«Se creará» es la fórmula del Real Decreto que confía todo al futuro, nada se concreta de medios personales y materiales. No se ha llegado aún a la meta. No se crea, «se creará», para desesperanza de Millán Astray y de los que suspiran como él por el cuerpo armado legionario.

En el terreno de la realidad, de los hechos tangibles, en el de los hombres y las armas legionarias, se vuelve a caer en el inmovilismo desesperante.

Villalba, poco proclive a decisiones rápidas, marea la perdiz. No tarda en comprobar que el proyecto legionario, a pesar de lo maduro que estaba sobre todo después de que Millán Astray entregara su muy favorable informe, seguía suscitando sólidas reticencias e incluso recia oposición en varios frentes. Dilata la decisión de tomar las iniciativas que empiecen a transformar el papel de la *Gaceta de Madrid* en realidad castrense tangible. Recaba la ya conocida opinión de un Berenguer ahora sentado en su despacho del palacio de la plaza tetuaní del Feddan, y llega la primavera y todo sigue igual. La decisión de dar vida real al Tercio de Extranjeros tendrá que soportar un nuevo cambio ministerial para decepción del ascendido el 7 de enero de 1920 a teniente coronel Millán Astray, que, cabe imaginar, desde su nuevo destino en el Regimiento del Príncipe número 3 de guarnición en Oviedo apenas logra contener el desencadenamiento de una tormenta de rayos impredecibles. El proceso seguirá arrastrándose pesadamente unos meses más.

3. La oposición que no cesa

No cabe duda: la oposición seria y multifocal a que arranque con todos sus efectos el recién creado Tercio de Extranjeros no cesa, aunque a veces lo haga

taimada y simuladamente, y eso a pesar del apoyo que supone la firma en el Real Decreto creador de un Alfonso XIII decidido partidario de una iniciativa a la que siempre brindó su apoyo, y de que al recién ascendido teniente coronel se le haga partícipe por telegrama en los primeros días de febrero de 1920 de la Orden comunicada de 31 de enero por la que pasaba a «desempeñar la comisión de organizar el Tercio de Extranjeros creado por el Real Decreto del citado mes conservando su destino en plantilla».

La oposición anida en las propias filas castrenses. «Las dudas del ministro Villalba Riquelme sobre la conveniencia o no de una nueva unidad militar — señala José Luis Rodríguez— tienen bastante que ver con la apreciable oposición que percibe en significativos sectores de la oficialidad⁴². Principalmente, porque su puesta en marcha supondría el reconocimiento de un fracaso en la guerra de Marruecos, y posiblemente también porque algunos mandos que llevan ya varios años destinados en África desean eludir la posibilidad de que una unidad de nueva creación eclipse las glorias de unidades para ellos más queridas. Además, pese a la existencia de este tipo de tropas en los ejércitos de algunas de las primeras potencias del mundo, no pocos piensan que las Fuerzas Armadas no deben volver a nutrirse de mercenarios extranjeros»⁴³.

Varias actitudes de militares de alto rango pugnan entre sí. Tomamos como muestra de las dos extremas y de una relativamente intermedia a tres muy punteros miembros del generalato con el grado de divisionarios. Los tres, además, con un puesto de vanguardia en el Protectorado de Marruecos y en las españolas Ceuta y Melilla.

«Entre quienes se muestran fascinados por la idea de la Legión está el comandante general de Ceuta, general Bernardo Álvarez del Manzano»⁴⁴. En efecto, Álvarez del Manzano, sustituto en Ceuta del tristemente famoso Silvestre en enero de 1920 cuando este marcha a Melilla para hacerse cargo de la correspondiente comandancia, se manifiesta decididamente favorable a la más rápida puesta en marcha de un Tercio de Extranjeros aún confinado en el papel. Proporciona toda clase de facilidades para hacerlo en Ceuta, el territorio bajo su autoridad. Apoya al máximo a Millán Astray, y en el frecuente carteo que mantienen no cesa de animarlo. Es tal su entrega que, cuando muere años más tarde siendo capitán general de Galicia, el Faro de Vigo publica un artículo titulado «El padrino de

42 Togores, L. E. *Millán Astray...*, p. 74, se hace eco de esta realidad de la siguiente manera: «Pero Millán Astray no inicia los trabajos, porque se vio obligado a consumir su tiempo en otras misiones. El general Riquelme, al parecer, tiene arrinconado el proyecto, pues como luego afirmará Luis de Marichalar, en la Dirección de África había algunas personas a las que no les gustaba el Tercio. Además, las juntas de defensa, poco amigas de innovaciones, no ven con buenos ojos el nacimiento de esa fuerza de choque que pretende ser la Legión, de espíritu claramente opuesto al pancismo del que hacen gala los junteros».

43 Rodríguez, J. L. *¡A mí...!*, pp. 89 y 90.

44 Ruiz de Aguirre, A. y Miguel Francisco, L. *Atlas ilustrado...*, p. 36.

la Legión», apelativo con el que también lo singularizaba el agradecido Millán Astray.

En el otro extremo, además de geográfico, se sitúa la actitud del mal afortunado general Silvestre. El 30 de enero de 1920 había conseguido un mando que le dejaba las manos más libres que el de la Comandancia de Ceuta, donde no conseguía zafarse de la sombra del cercano geográficamente alto comisario Berenguer, que desde Tetuán no le quitaba el ojo de encima para que no se extralimitara militarmente, algo a lo que era tan proclive.

No se sabe si por recelos hacia una prometedor nueva unidad en cuya gestación no había tenido tecla que tomar, si por temor a verse privado de sus mejores efectivos que tenderían a pasarse al cuerpo legionario mejor retribuido y dotado, si por temor a contar con extranjeros de dudosa extracción en sus filas, o si simplemente por reafirmar un criterio independiente y opuesto al de Berenguer y Álvarez del Manzano, el caso es que «el propio Silvestre cuando llegó a Melilla, seguía creyendo que la guerra había que hacerla con soldados del reemplazo españoles al mando de oficiales de carrera. El reclutamiento para el Tercio fue relativamente rápido gracias a la labor de Millán Astray y del oficial encargado de la instrucción, Francisco Franco. En la Yebala el Tercio estuvo siempre en vanguardia, pero Silvestre se negó a autorizar en Oriente la formación de unidades de este tipo»⁴⁵. Alfonso Ruiz de Aguirre y Luis Miguel Francisco abundan en esta idea: «Entre los más firmes opositores se encuentran el comandante general de Melilla, Fernández Silvestre, que ve con buenos ojos la formación de cuerpos voluntarios formados por españoles, pero en ningún caso por soldados extranjeros»⁴⁶.

Berenguer, congruente con lo que había propiciado durante su etapa de subsecretario y ministro de la Guerra, apoyó también la puesta en pie del Tercio de Extranjeros en su espinosa etapa de alto comisario⁴⁷. Como ya indiqué, recibió a Millán Astray en Tetuán inmediatamente antes de su viaje a Argelia, se demoró pero acabó emitiendo una opinión favorable que llegó a un ministro Villalba a quien le quedaba poco tiempo de serlo. Más tarde, ya siendo ministro de la Guerra Luis Marichalar, vizconde de Eza, emitió, como después veremos, un parecer favorable que fue determinante para que el Tercio de Extranjeros caminara definitivamente. Pero, mezcla de político y militar, con huellas de tacticismo en su proceder castrense, su apoyo no era tan entusiasta y militante

45 Serrano Vélez, M. (2018). *Silvestre o el sueño de un imperio*. Almuzara, pp. 267 y 268.

46 Ruiz de Aguirre, A. y Miguel Francisco, L. *Atlas ilustrado...*, p. 36.

47 Afirma Togores, L. E. *Millán Astray*, p. 71: «El proyecto contó, desde un principio, con la protección de Alfonso XIII y del entonces alto comisario de España en Marruecos: el general Dámaso Berenguer era conocedor de África y de lo que suponía militar y políticamente la sangría de reclutas peninsulares que estaba costando la penetración en el Protectorado. Se había adscrito desde un primer momento a las corrientes renovadoras del pensamiento militar en materia colonial, en las que encajaba como un guante la creación de una unidad como la Legión».

como el de Álvarez del Manzano, pues quería nadar guardando la ropa frente a parte de sus compañeros y una opinión pública dividida.

Los vientos que soplaban los pulmones de algunos sectores de la oficialidad de los regulares no eran tampoco favorables al Tercio. Las fuerzas regulares indígenas se hallaban en pleno fragor por consolidarse como núcleo sustancial del Ejército colonial español. Pero progresaban a trancas y barrancas y no terminaban de adquirir la verdadera consistencia que deseaban los señalados africanistas que las dirigían. Desde la creación del grupo Larache número 5 no acababan de dar un vigoroso y largo paso hacia adelante en su fortalecimiento, y tardarían ¡ocho años! en darlo⁴⁸. Había, pues, un número significativo de sus jefes y oficiales y aldeaños que consideraba que las unidades de regulares que encabezaban deberían ser las destinatarias de los medios personales y materiales que el Tercio de Extranjeros pudiera succionar. Parte apreciable de la élite de los regulares consideraba a aquél como rival más que como elemento fundamental para formar con ellos un auténtico Ejército colonial español.

No es aventurado afirmar que desde enero de 1920 el teniente coronel Millán Astray era muy consciente de las dificultades provenientes de las filas de sus propios compañeros. No había que ser muy avisado, y el futuro primer jefe de la hoy Legión lo era, para tener muy presentes los escollos de carácter económico, a los que después aludiré. Como hombre atento a la prensa, cabe adelantar sin temor a la equivocación que consideraba gajes del empeño que lo embargaba recibir tarascadas de ciertos sectores de aquélla, a lo que después haré también una sucinta mención. Pero con lo que seguramente no contaba era con la enemiga de la diplomacia del país cuya organización militar colonial le había servido de inspiración.

Luis Eugenio Togores alude con tino a este curioso frente opositor: «El agregado militar francés, coronel Tisseyre, planteó una queja ante las autoridades españolas. El Tratado de Versalles, que ponía fin a la Primera Guerra Mundial, obligaba al nuevo Gobierno alemán a impedir que sus nacionales se alistaran en ejércitos de terceros países o de las naciones signatarias con la salvedad de la Legión extranjera francesa»⁴⁹.

La pretensión francesa era improcedente y fuera de lugar. Ante todo, porque constituía una injerencia en las decisiones soberanas de España. Era, además,

48 La Real Orden Comunicada de 31 de julio de 1914 creó el Grupo de Fuerzas Regulares Indígenas Larache número 4. Tuvieron que transcurrir prácticamente ocho años para que la Real Orden Comunicada de 29 de julio de 1922 diera vida al Grupo de Fuerzas Regulares Indígenas Alhucemas número 5.

49 Togores, L. E. (2016). *Historia de la Legión española*. Madrid, La Esfera de los Libros, p. 77. Como recuerda el teniente general Muñoz-Grandes Galilea en las páginas 5 y 6 de la comunicación reiteradamente citada: «Se empieza a pensar en reclutar extranjeros. Francia se opone a que entren alemanes y además tienen miedo a que entren comunistas. En la década de los 20 se reclutaron 24.000 legionarios (solo un 20 % extranjeros). Recordemos que el Tratado de Versalles prohíbe reclutar soldados alemanes. Solo se le autoriza a Francia».

otra muestra de la soberbia *grandeur* del país vecino que en aquellos años miraba a la languideciente España muy por encima del hombro. Por si esto fuera poco, se formulaba la objeción con deslealtad y casi a toro pasado, pues es inimaginable que el Quai D'Orsay no tuviera noticias inmediatas de la visita a Argelia de Millán Astray y de sus pretensiones de organizar como rama de la infantería española una formación legionaria inspirada en la francesa. Para colmo, «el coronel Tisseyre olvidaba que España no era signataria de este tratado (el de Versalles) y por tanto no le afectaba lo que decidiesen otras naciones»⁵⁰. Pero, sea como sea, la objeción francesa tenía gran peso en una España muy bajo la esfera de influencia del país vecino, y «el negociado de Marruecos en el Ministerio de Estado, el cual ha dado su conformidad al proyecto pero con reparos, señala que podrían surgir dificultades a nivel diplomático a causa de la procedencia y origen de los futuros legionarios e insiste en la contratación de voluntarios españoles y en el aumento del contingente de fuerzas indígenas»⁵¹. El ministro de Estado, el marqués de Lema, se hizo eco de estos comentarios, lo que abundó en el retraso.

Cierta prensa no ocultaba tampoco su enemiga a los planes de Millán Astray. Una sola muestra de lo que digo para no alargarnos demasiado. «Un decreto monstruoso. Tropas extranjeras en España» era el título que daba nombre a un furibundo texto que ardía contra el Tercio de Extranjeros publicado en *El País* de 31 de enero de 1920, todavía húmeda la letra impresa de la *Gaceta de Madrid* que lo establecía. Acusaba al Gobierno de que la fuerza mercenaria podría ser utilizada tanto en Marruecos como en España; también le achacaba haber perdido la noción de la nacionalidad y hasta el sentido común. Este artículo no es más que una muestra, eso sí, muy beligerante, de lo enconado que estaba un importante sector de la prensa con la puesta en marcha del Tercio, a lo que le dedicaban los exabruptos más lacerantes⁵².

50 Togores, L. E. *Historia...*, p. 77.

51 Rodríguez, J. L. *¡A mí...!*, p. 90.

52 Decía textualmente el inflamado artículo: «Subrepticamente, a la chita callando, aprovechándose del desvío de la atención pública hacia otros asuntos, el ministro de la Guerra, el Gobierno solidario en la firma del ministro, ha estampado en *La Gaceta* un decreto monstruoso que no puede ser tolerado a menos que se haya perdido aquí, en absoluto, no ya toda noción de nacionalidad, de la vida en un país de ciudadanos libres, sino hasta del sentido común.

- El tal decreto crea, por vía de ensayo —es decir, para seguir en estas idénticas creaciones— con la denominación de Tercio de Extranjeros, una unidad militar armada cuyos efectivos estarán formados por extranjeros que voluntariamente quieran inscribirse para prestar servicios militares, “tanto en la península” como en las distintas comandancias de Marruecos.
- ¡“Tanto en la península”! Este entrecorillado no figura en la parte dispositiva del decreto. Cautelosamente se halla metido entre la prosa del preámbulo, esa prosa que para leerla exige un alarde de valor.
- Así, jesuíticamente, sin la franqueza con que se abordan los actos nobles, se dispone la creación de un ejército de aventureros extraños al país que podrán ser lanzados a voluntad de quien mande contra los ciudadanos españoles en la propia tierra española, contra los obreros en caso de huelga, contra los que en un momento de exaltación demanden violentamente un derecho, formulan una propuesta.

Que existieran dificultades a la hora de conseguir los fondos presupuestarios era previsible. Pero en el caso de la creación del Tercio de Extranjeros estas dificultades eran enormes, tal como se plantearon las cosas. El Real Decreto de enero de 1920, fundador de este cuerpo armado, no hacía ni una minúscula mención al dinero, a cómo financiar la puesta en marcha de esta crucial novedad militar.

Buen arma tenían los enemigos del proyecto legionario para torpedearlo como irrealizable al carecer de previsión presupuestaria ni poder nutrirse económicamente de otra manera. Los interventores militares y sobre todo la Intervención Civil de Guerra y Marina y del Protectorado de Marruecos, dependiente en esta última de la Presidencia del Gobierno, pusieron los correspondientes reparos técnicos, y esto y otras cuestiones conexas retrasaron que se diera la definitiva señal de salida. La solución a estos escollos administrativos entorpecedores no se encontró en los tiempos del ministro Villalba. Fue el vizconde de Eza, Luis Marichalar y Monreal, quien acabó arrumbándolos. «El dinero para financiarlo se conseguía licenciando a dos soldados del tercer año por cada legionario alistado»⁵³, como veremos después con mayor detalle.

4. Millán Astray se sobrepone y consigue definitivamente su objetivo

El tiempo pasaba y el barco del ya conocido como Tercio de Extranjeros seguía varado sin superar los bajíos que le salían al camino para impedir o, al menos, atrasar cuanto más mejor que el Real Decreto de finales de enero de 1920 se tradujera en medidas reales por encima del papeleo y de las interferencias que habían arreciado tras la aprobación de este texto por Alfonso XIII.

El teniente coronel estaba tan inquieto y nervioso como empecinado en su proyecto legionario y obstinado como nunca en sacarlo adelante.

La lucha casi siempre sorda en la que estaba inmerso no le impidió seguir avanzando en la forja del ideario de la acción legionaria influido por la tradición japonesa del *bushido* o «camino del guerrero» de la que muy posiblemente se

-
- ¿Se comprende toda la monstruosidad de la disposición hipócrita?
 - Ni aún para el fin con que afirma ser dictada, para reducir los contingentes de reclutamiento en Marruecos, puede admitirse.
 - Esos efectivos de aventureros, rebeldes siempre a toda disciplina, son por sí mismos un peligro constante para nuestra dominación en aquellas tierras, y aún podrían serlo para nuestras relaciones con la zona francesa, si en los efectivos reclutados predominasen como seguramente predominarían alemanes.
 - La enormidad de la disposición se revela desde cualquier punto de vista que se mire.
 - Solo como inspiración del miedo puede ser explicada, del miedo criminal inconsciente muchas veces».

53 Serrano Vélez, M. *Silvestre...*, pp. 267 y 268.

empapó durante su estancia en las Filipinas⁵⁴, y en los aspectos de la tan singular y popular apariencia externa del legionario. Tuvo también la suerte de toparse con el comandante, el primer mayor del Tercio, Adolfo Vara de Rey y Herrán, que tuvo una participación fundamental en aquellos meses de gestación previos al arranque definitivo.

No es desacertado pensar que el futuro primer jefe de la actual Legión dedicara su tiempo a pergeñar el esquema organizativo de una unidad que, lejos de las formaciones militares convencionales, debería caracterizarse por la movilidad, reducida concentración de efectivos muy adiestrados en la lucha pegada al terreno, mayor potencia de fuego proporcionado por nuevo armamento, sobre todo ametralladoras, y extracción muy variada de sus integrantes compactados por un ideario inflexible y exigente, unas reglas claras e inexorables, una sujeción ciega al mando y a una atención inmediata y ritual del compañero caído.

En esas estaba cuando el panorama ministerial dio un nuevo volantazo fruto de la inestabilidad política reinante en España. El 5 de mayo de 1920, el general Villalba se despidió del Ministerio de la Guerra y cedió la poltrona a un civil, Luis Marichalar y Monreal, vizconde de Eza, que, además de propinar el empujón final al último episodio del premioso alumbramiento del Tercio, le tocaría lidiar con el horror del desastre de Annual y lo que trajo en cadena, pues abandonó el ministerio el 14 de agosto de 1921.

Pero, en contra de lo que podría haberse pensado inicialmente, Eza fue capaz de sacudirse de encima los muchos intereses corporativos que lastraban el parto legionario, consiguió la suficiente fuerza política para superar los escollos que enarbolaban otros departamentos ministeriales, y tuvo la suficiente confianza en sí mismo y en el proyecto legionario como para dar el paso que acabó dando. Pero no adelantemos acontecimientos. Es ineludible hacer hueco en estas apretadas páginas para dar cobijo a un acto social que tuvo gran trascendencia en el proceso que ya iba a concluir pronto.

54 Detalla Togores, L. E. *Millán Astray...*, p. 104, lo siguiente: «Millán Astray, durante su estancia en Filipinas, fijó su atención en el vecino imperio japonés, pues los españoles pensaron durante buena parte del final del siglo XIX que, si España perdía sus posesiones en Extremo Oriente, sería a manos del Japón, nunca frente a los Estados Unidos... Millán Astray leyó, fruto de este interés, el *Bushido* de Nitobé, catedrático de la Universidad Imperial de Tokio, escrito en 1895 y traducido al inglés en 1905. De él dijo que, junto con el escrito de Cervantes sobre las armas y las letras, era su obra de cabecera, siempre en su mesilla de noche, de relectura constante. Siempre reconoció la importante aportación que tenía en sus valores la concepción japonesa de la milicia: "En el *Bushido* inspiré gran parte de las enseñanzas morales que inculqué a los cadetes de Infantería en el Alcázar de Toledo, cuando tuve el honor de ser maestro de ellos en los años 1911 y 1912. También en el *Bushido* apoyé el credo de la Legión. El legionario español es también samurái y practica las esencias del *Bushido*"».

De Silva, C. *Millán Astray...*, p. 144, indica en el mismo sentido: «El *Bushido* es el código moral ascético de los samuráis, el estudio del arma heroica del japonés. Millán Astray es, desde muy joven, asiduo lector de esta obra y, entre combate y combate, ha pasado muchas horas meditando sobre sus preceptos. Tanta es su admiración por este código que toma la pluma y lo traduce al español para editarlo».

Los astros se alinearon para brindar a José Millán Astray una oportunidad muy apropiada a sus cualidades personales y supo aprovecharla.

La ocasión no se le podía pintar mejor. Era persona de innatas facultades oratorias mostradas desde su juventud, «en la realidad de su tiempo, Millán Astray era un orador nato», opina L. E. Togados⁵⁵. No solo poseía una palabra viva, sino que la impregnaba de un entusiasmo y vitalidad, que, aunque rayano en momentos en el histrionismo, tenía fuerza para arrastrar a la audiencia. Poseía el don de comunicar pensamientos, sentimientos y emociones con una tenacidad que su pasión legionaria multiplicaba.

Transcurridos muy pocos días después de la entrada del vizconde de Eza en el palacio de Buenavista, tan solo nueve, Millán Astray tenía un compromiso que venía ni pintiparado para sus ambiciones legionarias.

El imponente edificio de estilo ecléctico con mezcla de elementos clasicistas y modernistas situado en los primeros números, en el 13, de la llamada entonces avenida del Conde de Peñalver, albergaba desde 1916, cuando fue inaugurado por Alfonso XIII, el Centro Cultural del Ejército y de la Armada, casino militar a lo muy grande.

Allí estaba programada el 14 de mayo una conferencia del teniente coronel cuyo título no dejaba duda de su contenido ni del propósito que la inspiraba: «La Legión Extranjera en Argelia y el Tercio de Extranjeros español».

El tema estaba en el candelero en los ambientes militares. Lo demostró la nutrida representación del generalato que aquel día cruzó la singular puerta en chaflán del soberbio edificio rematado por una airosa marquesina de hierro y cristal y atravesó la planta baja coronada por un gran lucernario. La cita era en el salón de actos de la primera planta. El general y exministro Antonio Tovar y otros primeros espadas del generalato español entre los que figuraba quien en poco más de tres años asumiría la máxima autoridad gubernamental de forma dictatorial, el general Primo de Rivera, se acomodaron en el dicho salón para escuchar al adalid del Tercio de Extranjeros. Pero lo más significativo de todo era que Luis Marichalar y Monreal, sin casi haber tenido tiempo para tomar posesión de su poltrona ministerial, lo encontró para sentarse en el espacio amplio de la primera planta de aquel suntuoso edificio y escuchar al conferenciante rodeado de bellas vidrieras aplomadas. Solo quien conozca el peso de las estrellas, sables y bastones en el escalafón militar puede comprender al extremo lo atractivo que era en ese momento el objeto de la conferencia para que tantos y tan distinguidos generales y sobre todo el propio ministro de la Guerra dedicaran su precioso tiempo a atender a un teniente coronel que en muy pocos meses iba a ponerse al frente de un Tercio que, por fin, iba a ponerse en marcha con tesón y brío.

55 Togados, L. E. *Millán Astray...*, p. 215.

Tampoco hay que ser muy imaginativo para pensar que Millán Astray se sintiera satisfecho y halagado ante un auditorio de tan excepcional relieve militar y político. Parece congruente con su personalidad y lo circundante que el furor del convencimiento inflamara su corazón y su cabeza antes de empezar a hablar. No es descabellado suponer que el paseo de su perfil de aguilucho⁵⁶ por la expectante concurrencia lo hiciera secundado por ojos enardecidos por la magnífica oportunidad que se le presentaba, y que sintiera toda la energía concentrada en su cerebro, dispuesta a plasmarse en la intervención que el auditorio aguardaba con ansiedad.

Con la luz y el calor del mucho conocimiento de lo que disertaba, se engolfó pronto en una exposición que desde el primer segundo constituyó un planteamiento cerrado, sin fisuras y, a la postre, un bloque enterizo de ideas y datos muy irrigados por la experiencia argelina que daba nombre a la conferencia. Bloque cerrado, enterizo y sin fisuras en favor de la acuciante necesidad de que el Tercio de Extranjeros se pusiera en marcha de una vez por todas. Además, a buen seguro que, orador dotado, supo hilvanar su discurso con palabra suelta, diversidad de tonos y pluralidad de enfoques.

El periódico *La Correspondencia Militar* dio cumplida noticia del acto en el centro de su primera página de la edición del 15 de mayo de 1920. Lo hizo con tanta precisión y detalle que merece la pena reproducir lo que escribió: «El prestigioso y entusiasta teniente coronel de Infantería D. José Millán Astray Terreros dio ayer tarde una conferencia sobre el interesante tema *Un viaje a Argelia. La Legión Extranjera francesa y el Tercio de Extranjeros español*.

»Asistió a la conferencia el ministro de la Guerra, señor vizconde de Eza, al que esperaban en el vestíbulo el general presidente, García Siñeriz; el vicepresidente, general García Moreno, y el resto de la Junta de Gobierno.

»En el estrado presidencial se sentaron con el ministro, además de la Junta, los generales Tovar, Fridrich, Zabalza, Álvarez Rivas, Fernández Llanos, Martínez Peralta, Madariaga, Primo de Rivera (M.), el general subsecretario, Romero Beneito, almirantes marqués de Pílares y Estrada y el Sr. Royo Villanova.

»Comenzó el conferenciante describiendo su viaje a Argelia, para el que describió las instrucciones del alto comisario, general Berenguer, coincidiendo su paso por Tetuán con las brillantes operaciones militares para la toma del Fondak, a las que asistió con el heroico general Sanjurjo.

»Describió admirablemente dichas operaciones y dedicó un recuerdo al bravo ejército que lucha en África. (Aplausos).

⁵⁶ El periódico *Nuevo Mundo* correspondiente al 19 de agosto de 1921 dedicaba su apartado llamado Soldados de España a Millán Astray, ya entonces primer jefe del entonces Tercio de Extranjeros. Decía de él, entre otras cosas: «...Perfil de aguilucho, nervios de acero, voluntad de hierro y un corazón de héroe... Este es Millán Astray, organizador y jefe de los legionarios de España...».

»Hizo una historia de la Legión creada en Argelia en 1831, hasta la actual, que se compone de dos regimientos y el de marcha, contando las vicisitudes de ella desde la guerra civil nuestra, en que tomaron parte unos 6.000 hombres y muy pocos volvieron a Francia, hasta la guerra europea, que tuvo 20.000 bajas

»Estudia su empleo táctico en vanguardias, retaguardias y trabajos, los más penosos en campaña, describiendo de un modo magistral el espíritu romántico de la Legión, en la que la emulación hace a todos bravos y crea en ellos el espíritu guerrero.

»Citó entre los más distinguidos a varios compatriotas nuestros y a un capitán Martínez, también español.

»Demuestra la gran importancia de estas tropas para las campañas coloniales y se extiende en consideraciones sobre la disciplina de estos soldados, que es inculcada por los que los mandan, que deben poseer en alto grado las cualidades de tacto y energía, siendo muy justos en los premios y en los castigos.

- Cuenta un caso para demostrar el compañerismo que lo llevan al extremo de no abandonar nunca al camarada o al oficial, aun muerto o herido, no abandonan nunca.
- Al llegar a este punto no puede menos de recordar la muerte heroica del comandante Laguardia, de Regulares Indígenas, en los combates de Rauda (Tetuán), que describe de un modo impresionante, dando disposiciones para su única hermana, a quien sostenía, y solicitando los auxilios espirituales, para morir como un caballero y como un cristiano. (Aplausos).
- Pasa a estudiar la organización del proyectado Tercio de Extranjeros español, iniciativa del ilustre general Tovar, que dio al Estado Mayor Central la orden para la creación, y cuyo plan lo ha desarrollado de un modo perfecto, una vez publicado el Real Decreto del 28 de enero, en que se crea dicha unidad.
- Trata a continuación con todo detalle de la constitución orgánica, que será: de dos compañías de fusileros, una de granaderos, una de ametralladoras y otra de depósito.
- Agregó que la idea ha sugerido loable entusiasmo entre nuestra oficialidad, y hay al presente gran número de voluntarios, pasando, además, de 2.000 las peticiones de soldados que desean servir en el futuro Tercio, habiendo hecho la petición muchos de ellos por mediación de nuestros cónsules en el extranjero.
- Dirigiéndose al ministro de la Guerra, le dice que ese cuerpo solo espera, como Lázaro, aquellas palabras bíblicas: «Levántate y anda»⁵⁷.

57 En términos similares el ABC del sábado 15 de mayo de 1920, edición de la mañana, página 15, dio también cuenta detallada de la conferencia y lo que la rodeó.

Es bastante verosímil, pues, que la aureola del fogosamente entregado a la causa legionaria acabara llenando el hermoso salón de conferencias.

No es un sinsentido cavilar que el orador lograra crear una tensión emocional ribeteada de invocaciones al heroísmo militar. Tensión que, propalada por aquella amplia y lujosa estancia, entusiasmará a los entregados de antemano y les sembrará la duda a los ariscos.

Propició que surgiera este ambiente favorable a lo que exponía que detrás de la enardecedora palabra de Millán Astray se hallara el acero de un alma ebria de fe en lo que el Tercio de Extranjeros podía aportar a unas armas de España poco preparadas para enfrentarse a una guerra que no guardaba semejanza con lo que por tal se había entendido en la gran conflagración mundial de pocos años antes.

— • —

«Este cuerpo (la Legión) solo espera, como Lázaro, aquellas palabras bíblicas: “Levántate y anda”», acabó así la conferencia Millán Astray dirigiéndose al vizconde de Eza cabe suponer que con la palabra militante y la mirada tersa.

Si el conferenciante se atrevió a concluir lanzando tan atrevido reto nada menos que al ministro de la Guerra, casi seguro que no improvisó. No menos seguro es que calibrara a lo largo de los muchos minutos de su disertación el respirar favorable a su iniciativa en el majestuoso salón que acolchaba sus palabras.

Lo cierto es que, como escribe Ballenilla y García de la Gamarra: «La conferencia cumplió su objetivo, pues el ministro felicitó al orador y le dijo *que esperaba una ampliación de tan interesante conferencia* y según Millán Astray al finalizar la disertación, el vizconde de Eza afirmó: *yo le haré a usted la Legión*»⁵⁸. Luis E. Togores añade en el mismo sentido: «Marichalar había oído la conferencia de Millán Astray en el Círculo Militar de Madrid y había sido testigo del impacto que había tenido entre civiles y militares. A partir de aquel momento se había convertirlo en un abierto partidario de la Legión. Dará a Millán Astray todo su apoyo»⁵⁹.

— • —

Respondan o no estas últimas palabras a la más pura certeza histórica, hay un dato incontrovertible: a partir de ese instante el proceso se aceleró y las trabas que hasta ese allí opilaban que lo establecido en el Real Decreto de finales de enero de aquel mismo año saliera a la luz de lo real comenzaron a disolverse si no como un terrón de azúcar, sí como piedra arenisca.

Decidido a dar el clarín de salida al Tercio de Extranjeros, Eza, receptor de las presiones obstruccionistas de algunos sectores militares, decidió recabar la opinión definitiva de quien tenía por gran conocedor del tema y consideraba dotado del mejor juicio político y militar. De nuevo el a la sazón alto comisario

⁵⁸ Ballenilla y García de la Gamarra, M. *La Legión...*, pp. 34 y 35.

⁵⁹ Togores, L. E. *Millán Astray...*, p. 75.

en Marruecos, el prestigioso y veterano africanista general Dámaso Berenguer Fusté, entra en liza. Eza, seguramente convencido de que sería positivo y de que le sería muy útil para acallar las voces adversas, reclama su opinión y asesoramiento por vía extraoficial.

Berenguer, astuto, perceptivo y con muchas escamas en su caparazón de experiencia, debió ser consciente de que había llegado la hora de la verdad para dar auténtica vida al Tercio. Por el tono de la carta que el ministro de la Guerra le dirige pocos días después de la conferencia de Millán Astray, por la referencia a los obstáculos que impidieron a su predecesor Villalba dar el aldabonazo definitivo, y por los términos dulzones en los que se plasma la solicitud de asesoramiento⁶⁰, no se le puede escapar que su opinión podía ser utilizada como arma contra sus compañeros discrepantes y constituirse así en motor definitivo de la solución de lo legionario.

El a la sazón alto comisario de Marruecos no lo duda. Ha llegado la hora de las claridades y los remilgos a la basura. Se muestra defensor de la iniciativa, pero con habilidad se cura en salud por lo posible venidero, al matizar que «la creación de esta unidad en Ceuta y como vía de ensayo, en nada afecta a los medios restantes de que podamos valernos para la creación del ejército voluntario (fuerzas regulares y unidades de voluntarios españoles), siendo su carácter especialísimo y único y, por lo tanto, muy digno de ensayo este procedimiento que tan buen resultado ha dado en Francia»⁶¹.

Pero el influente Berenguer va más allá. En lo que atañe a la organización de la nueva unidad retrocede para coger impulso y no solo mojarse sino empaparse hasta las cachas en favor de Millán Astray. «En cuanto a los detalles de organización que han de completar el Real Decreto de creación de tal unidad, nadie ha de ser, a mi juicio, lo competente en la materia que el teniente coronel Millán Astray que, dedicado al estudio de este asunto con asiduidad y entusiasmo extraordinario, creo que ha de ser su mejor asesor; como estimo por conocer sus relevantes y excepcionales cualidades, que ha de llevar a la práctica a la perfección tan loable idea»⁶².

Con estas opiniones de Berenguer en su mano, Eza debió respirar aliviado y considerar el escollo corporativo-militar superable con tan prestigioso y rotundo apoyo a lo legionario y su futuro jefe.

60 «Yo no me veo autorizado ni a repudiar definitivamente el expediente de que se trata, ni a poner desde luego en ejecución el Real Decreto dictado en enero último sin que previamente usted tuviera la bondad, como alto comisario, de asesorarme, a fin de que la resolución me dé la garantía del parecer de usted y de la completa coincidencia entre ambos para el mejor logro del proyecto que haya de ejecutarse». Estas palabras en teniente general Berenguer, D. (1948). *Campañas en el Rif y Yebala*, Madrid, Servicio Histórico Militar, tomo II, p. 96.

61 Teniente general D. Berenguer. *Campañas...*, p. 96.

62 Teniente general D. Berenguer. *Campañas...*, p. 96.

Sonrojan un poco los argumentos transidos de férrea voluntad de superar con la mayor flexibilidad los impedimentos a los que Eza se acogió para arrinconar los reparos que la Intervención Civil de Guerra y Marina y del Protectorado de Marruecos formulaba. Con argumentación decisionista los orilló y no tuvo empacho en mostrarlo así en el Congreso de los Diputados algo más de dos años después⁶³.

A las dificultades de índole diplomática fue a las que Eza concedió menos importancia. La soberanía de España, vertiente de la cual era la organización de sus ejércitos como le viniera en gana, fue un argumento decisivo para sacudirse de encima la omnipresente y pegajosa presencia de Francia en asuntos internos de España⁶⁴.

VI. Por fin, el Real Decreto de 23 de agosto de 1920 y las subsiguientes disposiciones

Escribe lo siguiente José Luis Rodríguez Jiménez dándonos idea de cómo se pudo desarrollar la reunión del Consejo de Ministros del 23 de agosto de 1920⁶⁵ en lo concerniente al Tercio de Extranjeros: «Marichalar decidió no retrasar más la organización del Tercio. Lo sacó de la carpeta en la que llevaba varios meses y lo defendió ante el Consejo de Ministros presidido por Dato. Marichalar desechó los argumentos de quienes decían que era más conveniente la recluta de nacionales que de extranjeros, o que lo único importante era potenciar los

63 Como se lee en *Diario de Sesiones de las Cortes* de 25 de noviembre de 1921, Congreso de los Diputados, legislatura de 1921, tomo VIII, páginas 3747 y 3748: «Y no voy, en manera alguna, a pretender apuntarme el tanto del Tercio extranjero. Conste que si el Tercio extranjero hubiera sido un fracaso, mi conciencia hubiera quedado satisfecha; quiero decir que a mí me hubiera parecido igualmente bien intencionado el acto de crearlo. Era un ensayo: había que quitar de en medio esa incógnita; “sirva o no sirva —decía yo—, es uno de los elementos utilizables en Marruecos; pues vamos a ensayarlo. ¿Qué puede costar? ¿Dos o tres millones de pesetas?” En estos ensayos no se tasa el dinero. ¿Que veíamos, por la experiencia, que el Tercio no servía? Vayan con Dios los dos o tres millones; que si no gastáramos de más otras cantidades, sería bien poco, y, en cambio, ya sabíamos que había que buscar la recluta del voluntariado por otro lado, porque eso del Tercio era inútil. Por el contrario, si daba buenos resultados, ¿quién puede negar que ha sido una fortuna? No me permitiré decir que ha sido un éxito (rumores de aprobación). Pues yo querría que vierais el expediente relativo a ese Tercio, para que apreciarais las dificultades con que hasta en eso del Tercio tuvo que luchar el ministro de la Guerra, como las tiene en todo a cada paso, y yo no las censuro; pero es indudable que al ministro le coartan. La Intervención Civil argumentó en el sentido de que, con arreglo a la autorización del presupuesto, no cabía la creación del Tercio, y yo actuando, no de ministro de la Guerra, sino de abogado, aunque nunca he ejercido, puse una nota personal mía, bastante extensa, refutando los argumentos de la Intervención Civil, para deducir la consecuencia de que había que crear el Tercio, y bajo mi responsabilidad, por acuerdo del Consejo de Ministros, se creó, y ahí está».

64 Para más detalle en el libro de De Marichalar, L. vizconde de Eza. (1923) *Notas sobre la creación de la Legión extranjera en África*. En: *Mi responsabilidad en el desastre de Melilla como ministro de la Guerra*. Madrid, Gráficas Reunidas, pp. 421 y ss.

65 Una amplia reseña del contenido en general de esta reunión del Consejo de Ministros ofrece el *ABC* del 24 de agosto de 1920 bajo el título de «El Consejo de Ministros de ayer».

regulares. Eludió la opinión también en circulación de que para crear una nueva unidad militar era requisito ineludible hacerlo mediante ley aprobada en el Parlamento y sostuvo que la Ley de Presupuestos, en una de sus disposiciones complementarias, autorizaba al Gobierno a "limitar al mínimo posible la fuerza permanente en filas", y que con el Tercio, unidad independiente y distinta, se ayudaba a hacer esto posible. En conclusión, si la Ley de 1918 partía del propósito de reducir el contingente forzoso, el ensayar procedimientos para alcanzar ese fin habría de considerarse dentro del espíritu de la Ley, no pudiendo ser obstáculo la interpretación estricta de que en esa Ley solo se hable de tropas peninsulares e indígenas, y no incluya la palabra "extranjeros", con lo que alguien podría entender que la Ley excluía a la recluta voluntaria de extranjeros. Pues, en palabras de Marichalar: "Si se autoriza para reclutar voluntarios entre los peninsulares, cuyas vidas son precisamente las que más se desean ahorrar, aunque sean de voluntarios, pues que al fin y al cabo se trata de nacionales, es evidente que mucho menos ha de importar a la nación el peligro que puedan correr en Marruecos las legiones extranjeras".

»Además entiende que no habrá reclamaciones diplomáticas por la contratación de extranjeros, ya que España es una nación soberana para organizar su ejército como tenga por conveniente dentro de sus fronteras y que a nadie se le ha ocurrido "discutir el derecho de Francia a hacer algo análogo en sus territorios". Con estos argumentos, y el de que "el ensayo de La Legión Extranjera responde al pensamiento del Parlamento nacional", Marichalar defendió en el Consejo de Ministros, sin llevarlo al Parlamento, la idea del Tercio»⁶⁶.

Debió encontrar Marichalar el terreno muy abonado y, amparado por el presidente del Gobierno Eduardo Dato, no le debió ser muy difícil sacar adelante en el Consejo de Ministros que nos ocupa el Real Decreto que apareció publicado, además de en la *Gaceta de Madrid*, en el *Diario Oficial del Ministerio de la Guerra* del miércoles, 1 de septiembre de 1920⁶⁷.

«Para llevar a la práctica Mi Decreto de 23 de enero del año actual, por el que se dispone la creación de un Tercio de Extranjeros, a propuesta del Ministro y de acuerdo con Mi Consejo de Ministros, vengo en decretar lo siguiente», fue todo lo que sirve de explicación al Real Decreto de referencia.

Por otro lado y tras una pormenorizada relación de naturaleza presupuestaria reveladora de cómo «serán sufragados» todos los gastos que «el referido Tercio

66 Rodríguez Jiménez, J. L. *¡A mí...!*, pp. 96 y 97.

67 El *ABC* del 24 de agosto de 1920 en la reseña del Consejo de Ministros del día anterior parece recoger esta idea. Dentro de una larga crónica política que ocupa toda una página sin anuncios ni papel desaprovechado, se limita a decir lo siguiente: «Quedó confirmada la creación inmediata en Marruecos de la Legión Extranjera que se basará en el principio de la recluta voluntaria, con arreglo a una aspiración de la opinión pública, y que encontró eco en el Parlamento».

ocasiona», recogida en el artículo 2 del mismo Real Decreto⁶⁸, el artículo 3 pone de relieve el menguado apoyo económico con el que nace la nueva unidad y los equilibrios presupuestarios que Marichalar tuvo que respetar para superar las pegadas económicas en general y presupuestarias en particular que le fueron poniendo⁶⁹.

A pesar de todo, es indudable que con estas disposiciones se había remontado el último y definitivo escalón de la escabrosa escalera que daba fuelle vital al Tercio. A partir de ahí, el proceso se acelera. En el *Diario Oficial del Ministerio de la Guerra* de 3 de septiembre de 1920 y como destinatarios el «Señor Alto Comisario de España en Marruecos» y «Señores Capitán General de la Octava Región e Interventor civil de Guerra y Marina y del Protectorado de Marruecos», aparece lo siguiente: «Excmo. Sr.: El Rey (q. D. g.), por resolución fecha primero del actual, se ha servido conferir el mando del Tercio de Extranjeros al teniente coronel de Infantería D. José Millán Terreros, con destino actualmente en el Regimiento del Príncipe, número 3.

»De real orden lo digo a V. E. para su conocimiento y demás efectos. Dios guarde a V. E. muchos años. Madrid 2 de septiembre de 1920.

»VIZCONDE DE EZA».

VII. Millán Astray lo ha conseguido

¡Millán Astray lo ha conseguido! El Tercio de Extranjeros comienza a marchar y él al frente como su primer jefe. El rostro perfilado y las facciones enjutas de Millán Astray debieron lucir aquellos días con el lustre de la ansiada meta culminada, meta que a partir de ese momento constituiría, ya sin freno, la razón esencial del yo profundo del teniente coronel de infantería todavía conocido por José Millán Terreros, como constaba en aquellas fechas en el *Diario Oficial del Ministerio de la Guerra*.

68 Establece el artículo 2 del Real Decreto analizado: «Todos los gastos que el referido Tercio ocasione serán sufragados por cuenta del capítulo 1.º, artículo 2.º de la Sección 13 del vigente Presupuesto, a excepción de las raciones de pan y pienso y acuartelamiento, que lo serán por el capítulo 5.º, artículo 1.º, las hospitalidades, por el capítulo 5.º, artículo 4.º, los transportes desde la frontera o puntos de enganche hasta sus destinos por el capítulo 5.º, artículo 3.º, y los alquileres de locales, si fuera necesario, por el capítulo 5.º, artículo 5.º de la misma Sección».

69 Según el artículo 3 del Real Decreto de 31 de agosto de 1920: «El aumento de gasto que ocasione la creación de la citada unidad será compensado con las economías que se obtengan, como consecuencia de dejar sin cubrir todas las bajas que ocurran en las tropas peninsulares de África durante el actual ejercicio, por repatriación de unidades, y, entretanto, por el licenciamiento de individuos del tercer año de servicio en las referidas tropas, en la proporción de dos de estos por cada soldado fichado en el Tercio».

A la vista de estas cicaterías presupuestarias manifiestan Ruiz Aguilar, A. y Miguel Francisco, L. *Atlas ilustrado...*, p. 38: «Un Real Decreto de 31 de agosto establece que se procederá en breve a organizar el Tercio, pero parece claro que el ministro no piensa dedicar mucho dinero a su constitución y mantenimiento, como puede deducirse del hecho de que no dispondrá de partidas nuevas de gastos, sino que habrá los fondos necesarios del Presupuesto en vigor».

Para remachar el clavo, la casi seguida Circular de 4 de septiembre de 1920 dispuso la organización del Tercio de Extranjeros ajustándose a unas reglas que ocuparon seis páginas del *Diario Oficial del Ministerio de la Guerra* del día siguiente, el domingo, 5 de septiembre de 1920.

Millán Astray tiene ya en sus manos los primeros ingredientes con los que nutrir el vigoroso cuerpo de la hoy Legión, unidad especial de nuestras Fuerzas Armadas, cuyo pasado de luces y sombras no debe empañar su presente y futuro al servicio de la seguridad y defensa de España en su proyección interior y exterior.

INSTITUCIÓN MILITAR Y DERECHO. UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Conferencia pronunciada por el
Magistrado de la Sala de
lo Militar del Tribunal Supremo,
Excmo. Sr. D. José Alberto
Fernández Rodera en la Sección
de Derecho Militar de la Real
Academia de Jurisprudencia y
Legislación de España el 24 de
marzo de 2022

Buenas tardes, ante todo expresar que es un honor para mí intervenir en esta Real Academia, a la que pertenezco como correspondiente desde 1980. Muchas gracias, queridos y admirados Antonio Pau y José Luis Poyato por la invitación, agradecimiento que extendiendo a Luis Cazorla, que hoy por motivos familiares no puede estar con nosotros.

Cuando José Luis me propuso esta charla, con indicación de una total y absoluta libertad en su concepción, le sugerí un planteamiento o titulación muy genéricos, como es de ver, en la confianza de que con mayor generalidad y menor concreción el contenido pudiera ser más asequible. Me hice una trampa en el solitario, pues la materia, por su volar amplio y múltiples derivaciones, supone una tentativa ingenua de ahorrar en treinta, cuarenta y cinco minutos, algo que tiene mucho más recorrido, y ello por fortuna. Me explico, los lazos entre Institución Militar y derecho desbordan los límites de un mero marco legal de regulación y se extienden *ad extra*, tanto en lo relativo a la naturaleza de las

Fuerzas Armadas y su papel en un Estado democrático como en los derivados de su actividad en diferentes esferas. Algo muy bien entreverado en las páginas del libro, recientemente presentado en esta casa, *Milicia y derecho*, obra conjunta de Fernando García-Mercadal y García-Loygorri y Joaquín Ruiz Díez del Corral. Recordará José Luis Poyato la reflexión que en otros foros he expuesto a raíz de lo que me sugirió una visita, hace años, al convento de San Esteban en Salamanca. Allí, en su planta baja, un túmulo recuerda al III duque de Alba, —no olvidemos que su casa apoyó a los dominicos, en su momento uno de los sostenes intelectuales de la Iglesia y de la Monarquía Hispánica—, y, no lejos, en la planta superior de un claustro, las paredes están adornadas con frases de Francisco de Vitoria, sobre derechos humanos y reglas de derecho internacional que sorprenden por su anticipación y vigencia.

En definitiva, toda una metáfora sobre el vínculo entre las armas y el derecho, un ejemplo de la inquietud española por armonizar el uso de la fuerza con reglas limitativas, esto es, el esfuerzo por juridificar la violencia, algo que no tiene parangón en otros Estados en ese momento tan temprano, el siglo de la hegemonía española, el XVI, y que, por supuesto, no puede dejar de enorgullecernos.

Y hace bien poco, días atrás, ojeando *La paz imposible*, el libro del marqués de Laserna sobre los procesos emancipadores en la América Hispana, topé con un documento del Consejo de Indias, de octubre de 1814, en el que, proponiendo la formación de una fuerza expedicionaria a Tierra Firme, aconsejaba contarse con un auditor «de carácter y graduación», sin duda no solo a efectos disciplinarios también para asesorar al mando en el despliegue. A su vez, en el manual de Rodríguez Devesa, en relación con el delito de torturas, encontré que el artículo 909 del Reglamento de Campaña del E.T., aprobado por Ley de 5 de enero de 1882, anticipando el vigente derecho humanitario bélico, contemplaba unos rigurosos criterios en lo atinente al trato debido a los prisioneros.

¿Y qué pretendo trasladar con este proemio? Algo bien simple, que nuestros Ejércitos, desde data inmemorial, han desarrollado su actividad de la mano de reglas y procedimientos jurídicos. En particular, y en lo que a las Ordenanzas respecta, aparecen como normas que, en un primer momento, se ceñían a una concreta empresa militar a acometer y aparejadas a distintos bandos generales o, más bien, cada vez más generales. En todos aparece el auditor, de tan profunda raigambre en nuestros Ejércitos, en un principio más soldado que letrado (ejemplo muy ilustrativo sería la figura del auditor general Mosquera y Figueroa, que acompaña a don Álvaro de Bazán en la exitosa operación anfibia de las Azores (1583), que escribió una interesante crónica sobre la campaña y su desempeño, jurídico y militar). Así, pueden reseñarse las ordenanzas que siguen:

- Primeras Ordenanzas de los Reyes Católicos (1503).
- De Hernán Cortés en Tlaxcala (1520).
- De Madrid (1525).
- De la Infantería Española, de Carlos V, de Génova (1536).
- De 1551.
- Del duque de Alba (1555).
- De la Infantería alemana (1572).
- De la Infantería napolitana (1586).
- Primeras de Flandes, de Alejandro Farnesio (1587).
- De 1632.
- Segundas de Flandes, de Felipe V, Bruselas (1701) (inspiradas en las de Luis XIV, 1655).
- De la Armada (1748).
- De Carlos III (1768).
- De Carlos IV (1793).
- Ley 85/1978 de RROO.
- Ordenanzas actuales (rango de R.D.), relacionadas con la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las FAS, 9/2011.

Y, paralelamente a la legislación civil, en el XIX se desarrolla un proceso codificador en el ámbito militar: Códigos específicos para la Armada (1888 y 1894), Código de Justicia Militar (1890), Código de Justicia Militar común a los tres Ejércitos (1945), normas vigentes (Código Penal Militar, Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las FAS, Ley Procesal Militar, Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar...). Todo ello conforma, en unión de la legislación de personal, de la relativa a otras áreas del derecho administrativo, del derecho internacional y de la referida a los supuestos o estados excepcionales, todo un sistema o conjunto normativo que podemos denominar derecho militar. Siguiendo a Santi Romano, «un conjunto de normas jurídicas, positivas, vigentes, relacionadas entre sí, escalonadas, jerarquizadas que rigen en un momento las instituciones», en este caso la militar.

Por tanto, de todo lo dicho cabe extraer tres conclusiones esenciales:

La institución militar en España, desde tiempo inmemorial, no es ajena a los fines limitativos o racionalizadores del derecho. Es el «Estoy manco sin mi auditor» de Alba al rey. En el siglo XIX surgen el Cuerpo Jurídico Militar y el Cuerpo Jurídico de la Armada, el primero en 1866 y el segundo en 1874, aun cuando los auditores ya existían desde mucho tiempo antes, incluso del RD de 22 de diciembre de 1852, que reglamentó la figura del auditor de guerra, habiéndose rastreado la figura en las medievales Siete Partidas. En 1940 se crea el Cuerpo Jurídico del Aire y en 1988 el actual Cuerpo Jurídico, como Cuerpo Común. En todos los periodos históricos conservó su naturaleza militar, con ciertos titubeos respecto

del Cuerpo Jurídico Militar en la II República, no así, curiosamente, respecto del de la Armada.

El derecho militar es de naturaleza plural, no se ciñe a lo «corporativo» o profesional, su núcleo esencial no es tanto el profesional castrense como el potencial bélico del Estado, lo que entraña un prevalente interés estatal en las FAS, en tanto que pilar esencial de una comunidad con vocación y voluntad de permanencia. Excede de una *privata lex*, comprendiendo bienes jurídicos que van más allá de lo puramente disciplinario.

Ese amplio y diverso elenco normativo apunta a la consideración de las FAS como institución o, al menos, a su dibujo como algo muy singularizado en el seno del entramado administrativo, ese «algo más» en su naturaleza que afirmaba el profesor Sánchez Agesta.

Y entre juristas, esto nos lleva a una vieja duda, ¿las FAS son una institución o, simplemente, un área más de la Administración? ¿La previsión del art. 8 CE puede conjugarse con la del 97? ¿Cuál ha sido la orientación histórica al respecto? ¿Optar por una u otra posición tiene efectos jurídicos?

Puede decirse, centrándonos en el periodo contemporáneo de nuestra historia, que indudablemente, los Ejércitos constituyen tradicionalmente una institución si utilizamos los clásicos parámetros de Santi Romano y de Hariou (seguidos por Trillo-Figueroa y por López Garrido) para configurarlos como tal:

- 1.º «Idea» de la obra o fin a realizar.
- 2.º «Poder organizado», con órganos que se integran en las esferas del Estado, tanto en lo ejecutivo como en lo judicial, pero con una unidad sustancial por lo que a continuación se expone.
- 3.º «Las manifestaciones de comunión en la idea», lo que entraña la armonía de voluntades bajo la dirección de un jefe.
- 4.º El «status» específico de sus miembros.
- 5.º La existencia de un «ordenamiento propio», esto es, el derecho militar.

Luego veremos su concreta plasmación en la legalidad vigente. En nuestro pasado, obtuvo espaldarazo expreso, entre otras normas, en las leyes constitutivas del Ejército de 1821, 1878 y 1889, pero puede arriesgarse fue pauta dominante desde la Constitución de 1812, pasando por los reinados fernandino (incluido el Trienio Liberal) e isabelino, Sexenio, Restauración, II República, periodo de Franco y Monarquía Parlamentaria actual, con matices lógicamente, entre todos ellos.

Pues bien, en lo que importa, es decir, el momento actual, trasladamos los requisitos de Santi Romano al ordenamiento militar vigente:

- 1.º La «idea» rectora puede identificarse con el artículo 8 CE, donde se establecen, en el Título Preliminar de la CE, las misiones de las FAS.

- 2.º El «poder organizado» se proyecta en la estructura organizativa de las FAS (no tanto territorial como funcional en la actualidad), subordinada a la cadena de mando, y en el ámbito puramente burocrático-ministerial (vertiente ejecutiva) y en la existencia de la jurisdicción militar, consagrada en el artículo 117.5 CE (vertiente judicial). Algunos, incluso, lo deducen de los bandos (L.O. 4/81), como plasmación de una pretendida vertiente legislativa, lo que no obtiene respaldo en la generalidad de la doctrina.
- 3.º Las «manifestaciones de comunión con la idea» se han de trasladar a los principios nucleares de la institución militar: unidad, jerarquía, disciplina... De igual forma, y, a mayor abundamiento, todas las virtudes a que hacen mención las Reales Ordenanzas y la LO 9/2011, en definitiva el código moral que rige la vida castrense.
- 4.º Y enlaza con lo anterior, el singular «status» jurídico de los componentes, con derechos y libertades limitados en aras a los fines que se les encomiendan: arts. 25, 26, 28, 29, 70.1 de CE y LO 9/2011. En suma, una relevante relación de sujeción especial.
- 5.º Todo ello, como ya advertimos, conforme a un ordenamiento jurídico singular, el derecho militar.

A todas esas notas, forjadas en la traslación de la teoría institucionalista a las FAS, cabe añadir, para mejor reforzar la tesis que se sustenta, la atribución del mando supremo al rey (62.h, CE), aun cuando fuera de carácter simbólico (posición doctrinal dominante, salvo Herrero y, con muchos matices, Lafuente), y la participación de las mismas en los supuestos excepcionales (116.4 CE y LO 4/81), lo que conforma un «último círculo jerárquico» (OEHLING), que no puede ser identificado, sin más, con un mero apéndice o rama administrativa.

Las consecuencias o efectos jurídicos de esa consideración han de ser matizados:

- La naturaleza de institución debe interpretarse, ineludiblemente, a la luz de las previsiones de la CE.
- Una visión institucional, al hilo del conocido planteamiento sociológico de Moskos (perspectivas institucional, ocupacional y desagregada o plural) no supone un «mundo aparte» ni una posición de supremacía o autonomía, que no se compadecerían con la obligada subordinación al poder civil.
- No obstante, el carácter institucional deriva de una desideologizada lectura e interpretación del texto constitucional y del conjunto del ordenamiento jurídico, en los términos expuestos, lo que dibuja la «ultima ratio» con características singularísimas a que hemos hecho mérito.
- En ese orden, las FAS solo gozarían de autonomía relativa en los márgenes del artículo 116.4 CE, en relación con la LO 4/1981.

- La técnica de la garantía institucional (Stern, Gallego Anabitarte) afectaría a la salvaguardia de las FAS en el marco constitucional, a su núcleo esencial, si bien la «niebla de lo institucional» (Stern) nos traslada a un terreno de contornos imprecisos, que hay que dejar al legislador, al TC y a la doctrina (Gallego Anabitarte).
- Avalan, en fin, esta tesis el status jurídico del militar, que conforma una relación de sujeción especial con características muy singulares, con un código moral privativo, una jefatura del estado como mando máximo, una alusión en el Título Preliminar CE, una jurisdicción propia y, por último, una previsión constitucional de último garante de las libertades.

No me resisto a reproducir las siguientes palabras, pronunciadas por alguien no sospechoso de militarismo, en el Congreso de los Diputados el 16 de diciembre de 2010, la entonces ministra de Defensa, Carmen Chacón, en defensa del proyecto de ley que luego dio lugar a la LO 9/2011:

«Señorías, cuando hablamos de los derechos de nuestros militares también es necesario hablar de los límites de su ejercicio, porque si bien es cierto que la condición de ciudadano no desaparece cuando el militar entre en el cuartel, también lo es que el militar no abandone su condición cuando se encuentra fuera del mismo, la condición de militar no depende solo del uniforme ni de un horario ni de un lugar definido, el militar siempre es militar, cuando está de servicio, pero también cuando no lo está. La sociedad ha encomendado a nuestras FAS la responsabilidad de garantizar la soberanía e independencia de España y de defender nuestro ordenamiento constitucional. Tan alta misión comporta una serie de deberes que obligan a nuestros militares a asumir un estatuto que determina sus específicos derechos como ciudadanos».

No se puede decir más en menos, condensando una óptica institucional sobre el significado de la condición militar. Y es en esa orientación donde mejor resulta patente la ligazón entre derecho e institución militar, en cuanto divergente de erradas visiones puramente ocupacionales, inspiradas en criterios asimiladores o vulgarizadores de la naturaleza de las FAS, que ostentan un carácter concretado a través de un derecho militar de características singulares.

Así, qué mejor final a mi intervención que lo afirmado por Baltasar de Ayala, gran auditor general de Alejandro Farnesio, duque de Parma y capitán general del Ejército de Flandes: «Ningún Estado, por floreciente que sea puede hallar grado alguno de seguridad en las armas sin el derecho, así como tampoco puede tenerla en el derecho sin las armas».

Muchas gracias.

Bibliografía

- ALIA PLANA, Miguel, *Historia del Cuerpo Jurídico de la Armada*, Madrid, 2011.
- ALLI TURRILLAS, Juan Cruz, *El Soldado Profesional*, Madrid, 2003.
- *La Profesión Militar (Análisis jurídico tras la Ley 17/1989, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas)*, Madrid, 2000.
 - «La reforma de las leyes militares en el contexto de los cambios en la seguridad y la defensa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre, 2007, número homenaje al profesor Ramón Parada.
- ALONSO BAQUER, Miguel, *El Ejército en la sociedad española*, Madrid, 1971.
- ANDÚJAR CASTILLO, Francisco, «Ejército y marina. Una historia social», en *Historia Militar de España, Edad Moderna, III. Los Borbones*, Madrid, 2014.
- AYUSO TORRES, Miguel, «Las funciones de las Fuerzas Armadas en el ordenamiento constitucional español», en *Ius Publicum*, núm. 3, Santiago de Chile, 1999.
- BAÑÓN, Rafael, y OLMEDA, José Antonio, *La institución militar en el estado contemporáneo*, Madrid, 1985.
- BARCELONA LLOP, Javier, «La organización militar; apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal», en *Revista de Administración Pública*, núm. 110, mayo-agosto, 1986.
- BLANCO NÚÑEZ, José María, «La Real Armada», en *Historia Militar de España, Edad Moderna, III. Los Borbones*, Madrid, 2014
- «La Armada», en *Historia Militar de España, Edad Contemporánea, II. De 1898 a 1975*, Madrid, 2015.
- BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, Barcelona, 1971.
- CABEZA CALAHORRA, Manuel, *La ideología militar hoy*, Madrid, 1972.
- Índice/sinopsis*, enero, 2011.
- CAPEL SÁEZ, Horacio, «Construcción del Estado y creación de cuerpos profesionales científico-técnicos; los ingenieros de la Monarquía española del siglo XVIII», en
- CÁMARA MUÑOZ, Alicia, y COBOS GUERRA, Fernando (eds.). *Fortificación y frontera marítima*. Actas del Seminario Internacional celebrado en Ibiza durante los días 24 a 26 de octubre de 2003, Ayuntamiento de Ibiza, 2005.
- CARR, Raymond, *España, 1808-2008*, Barcelona, 2009.
- CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, Madrid, 1982.
- «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 36, 1978.
- CASSINELLO PÉREZ, Andrés, «Las Fuerzas Armadas durante la transición», en *Tiempo Presente, Revista de Historia*, núm. 1, 2013.
- CERVERA PERY, José, *La Marina de la Ilustración*, Madrid, 1986.

- *Marina y política en la España del siglo XIX*, Madrid, 1979.
- CHRISTIANSEN, Eric, *Los orígenes del poder militar en España, 1800-1854*, Madrid, 1974.
- COMELLAS GARCÍA-LLERA, *El Trienio Constitucional*, Madrid, 1963.
- CUENCA TORIBIO, José Manuel, «Política y ejército en el siglo XX», en *Historia Militar de España, Edad Contemporánea, II. De 1898 a 1975*, Madrid, 2015.
- DOMINGO GUERRA, Juan C., *Lo que callan los militares. la larga marcha hacia un concepto nacional de defensa*, Madrid, 2015.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel (con FERNÁNDEZ DE GAITA SÁNCHEZ, Dionisio; FERNANDO PABLO, Marcos Matías, y NEVADO MORENO, Pablo), *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas* (con prólogo de Ramón PARADA VÁZQUEZ), Madrid, 1997.
- ESCRIBANO TESTAUT, Pedro, «La carrera militar tras la Ley 17/1989», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 71, 1998.
- FERNÁNDEZ BASTARRECHE, Femando, *El Ejército español en el siglo XIX*, Madrid, 1978.
- FERNÁNDEZ DURO, Cesáreo, *Armada Española, desde la unión de los reinos de Castilla y Aragón* (9 tomos), Madrid, 1972-1973.
- FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto, «Volvamos a la vieja polémica: ¿Las Fuerzas Armadas, Institución o Administración?», en publicación digital *Revista Jurídica Militar*, núm. 2, noviembre, 2004.
- «Fuerzas Armadas: institución o administración, consecuencias jurídicas», en *Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia* (Ministerio de Justicia), curso «La jurisdicción militar, ámbitos y conflictos», 2007.
- «Límites al ejercicio de derechos cívicos en el ámbito castrense», en *Revista General de Marina*, t. 204, junio, 1983, y en *Revista Ejército*, núm. 525, octubre, 1983;
- «Las Fuerzas, Armadas y el estado de sitio», en *libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Madrid, 1985.
- «A vueltas con el art. 155 de la Constitución. Su relación con los estados excepcionales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 603, 2003.
- *La carrera militar en España*, Madrid 2018.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y Jurisprudencial*, Madrid, 1994.
- GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, Fernando y RUIZ DÍEZ DEL CORRAL, Joaquín, «*Milicia y Derecho*», Madrid 2022.
- GUAITA MARTORELL, Aurelio, «Administración Pública y Defensa Nacional», en *Estudios Administrativos*, Madrid, 1961.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel, «El Rey y las Fuerzas Armadas», en *Revista del Departamento de Derecho Público de la UNED*, núm. 7, 1980.

- LAFUENTE BALLE, José Maria, *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Madrid, 1987.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, 1987.
- MARÍN CASTÁN, Fernando, «Publicación de la Ley 3912001, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, en la que, entre otras novedades, se diseña un nuevo modelo de formación del militar», en publicación electrónica *Revista Jurídica Militar* (Sección de Personal), núm. 36, diciembre, 2007.
- MARTÍNEZ DE MERLO, Jesús, «Los ejércitos españoles del primer tercio del siglo XX», en *Historia Militar de España, Edad Contemporánea, II. De 1898 a 1975*, Madrid, 2015.
- MORENO MARTÍNEZ-ORTIZ, Cristóbal, «Motivación de la limitación de los derechos fundamentales de los militares en la Ley de Derechos y Deberes», en la publicación digital *Revista Jurídica Militar*, núm. 89, octubre, 2012.
- «El derecho de asociación de los militares. La nueva perspectiva de la ley Orgánica 9/2011», en la publicación digital *Revista Jurídica Militar*, núm. 95, abril, 2013.
- MOSKOS, Charles C., «The Emergent Military: Civil, Traditional or Plural?», en *Pacific Sociological Review*, vol. XVI, 1973.
- *La institución militar en el estado contemporáneo* (BAÑÓN Y OLMEDA, Madrid, 1985).
- NAVAJAS ZUBELDIA, Carlos, «La transición militar, una transición larga (1975-1989)», en *España en democracia* (NAVAJAS ZUBELDIA, Carlos e ITURRIAGA Barco, Diego), Actas del IV Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo, Logroño, 2014.
- NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, Madrid, 1997.
- OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, Madrid, 1967.
- OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, *Las Fuerzas Armadas en el Estado franquista*, Madrid, 1988.
- ORDUÑA REBOLLO, Enrique, *Historia del Estado español*, Madrid, 2015.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, «Toque de silencio por la justicia militar», en *Revista de Administración pública*, núm. 127, enero-abril, 1992.
- Prólogo a la obra «Constitución, Policía y Fuerzas Armadas», Madrid, 1997.
 - *Derecho de la Función Pública* (con FUENTETAJA PASTOR, Jesús), Madrid, 2013.
 - *Derecho administrativo (II Organización y empleo público)*, Madrid, 2008.
- PUELL DE LA VILLA, Fernando, «El ejército nacional. Composición y organización», en *Historia Militar de España, Edad Contemporánea, I. El siglo XIX*, Madrid, 2015.
- «El general Cassola, reformista militar de la Restauración», en *Revista de Historia Militar*, año XXIII, 1978.

- *La transición militar*. Colección Testimonios, Documento de Trabajo 6/2012, Fundación Transición Española, Madrid, 2012.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, «La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (Ley de la Función Militar)», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 54-1, julio-diciembre, 1989.
- RUIZ DÍEZ DEL CORRAL, Joaquín, «Consideraciones en tomo a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y a la conveniencia de su reforma», en *Revista General de Marina*, t. 242, mayo, 2002.
- «Comentarios a la Orden DEF/1756/2016, de 28 de octubre, y a la Instrucción Comunicada 59/2016, de 8 de noviembre», en la publicación digital *Revista Jurídica Militar*, núm. 136, enero, 2017.
- SERRA, Narcís, *La Función militar: Reflexiones en torno a la reforma democrática de las Fuerzas Armadas*, Barcelona, 2008.
- STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1988.
- TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, Federico, «Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española, esbozo de una construcción institucional», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 38, 1979.
- VILLAR RODRÍGUEZ, Gonzalo, «La Armada post-Bolonia», en *Revista General de Marina*, t. 271, octubre, 2016.

EL DERECHO PREMIAL MILITAR ESPAÑOL. PERSPECTIVA ACTUAL

Por el Excmo. Sr. general de ejército D. Jaime Domínguez Buj. Presidente de la Asamblea de la Real y Militar Orden de San Fernando y gran canciller de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en Madrid, el día 2 de diciembre de 2021

Excmo. Sr. copresidente de la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Excmas. e Ilmas. Sras. y Sres. académicos, Sras. y Sres.

Quiero, en primer lugar, agradecer a esta prestigiosa Real Academia que me haya concedido el honor de dirigirme a tan digno auditorio y, más, sobre un tema que está tan relacionado con mi actual destino.

El general que les habla se honra en hacerlo en representación de las Reales y Militares Órdenes de San Fernando y San Hermenegildo, de las que S.M. el rey D. Felipe VI (q.D.g.) es el decimotercer soberano.

Durante los próximos minutos les invito a recorrer juntos el camino que, partiendo de unas consideraciones generales sobre el derecho premial militar español, pretendo que nos lleve a conocer mejor su materialización en las recompensas militares actualmente en vigor en España, con especial atención a las correspondientes a las dos Reales y Militares Órdenes antes señaladas.

I. Bases del derecho premial militar español

La justificación de un derecho premial propio para el ámbito militar se sustenta en el hecho de que las Fuerzas Armadas constituyen una institución cohesionada por un estricto código deontológico de valores, algunos de ellos específicos de dicha institución y todos sometidos a una exigencia normalmente superior a la que se aplica en el resto de la sociedad. Baste recordar la existencia de un Código Penal Militar y un Régimen Disciplinario que sancionan conductas que no son sancionadas en la legislación ordinaria.

Una institución así, precisa equilibrar con reconocimientos y estímulos esa especial exigencia en el cumplimiento del deber, estímulos entre los que las recompensas ocupan un lugar destacado.

Ello ha originado que, a lo largo del tiempo, la correspondiente normativa premial haya sido continuamente actualizada y depurada, obteniéndose así un derecho premial militar con un largo recorrido histórico, que conserva su ceremonial (lo que le añade un indudable valor) y que está dotado de un régimen jurídico que dispone de *base normativa* y de *referencia de conducta*.

La *base normativa* actual del derecho premial militar es, como no podía ser de otra forma, la misma que la del conjunto del derecho premial español, esto es, el artículo 62 f) de la Constitución Española, que atribuye a S. M. el rey amplios poderes para *conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes*.

Por su parte, la señalada *referencia de conducta* para ese derecho premial lo constituyen las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que se definen a sí mismas diciendo que «son el código de conducta de los militares y definen sus “principios éticos” y sus “reglas de comportamiento”». Es decir, definen el «qué» y el «cómo» de la conducta de un militar.

- Los principios éticos, el «qué», tienen como punto de partida y deber fundamental la permanente disposición del militar a defender a España, incluso entregando su propia vida. La diaria expresión de ese deber debe ser el más exacto cumplimiento de sus obligaciones en su servicio a España y a los españoles.
- Las reglas de comportamiento, el «cómo» debe llevar a cabo lo anterior, también están contenidas en las Reales Ordenanzas: con valor, abnegación, espíritu de servicio, y respeto a las personas, al bien común y al derecho nacional e internacional. A lo anterior, las ordenanzas añaden también la lealtad, el compañerismo, el trabajo en equipo y un modo de mandar basado en el respeto, la disciplina y el ejemplo.

Conviene recordar que las Reales Ordenanzas no son un concepto reciente, sino que, ya en la Edad Media, aparecen con este nombre diversas regulaciones que sistematizaban el régimen de los militares en muy variados aspectos.

Las Reales Ordenanzas actuales ponen al día preceptos y tradiciones de las anteriores, pero es importante resaltar que mantienen la esencia de las Ordenanzas de Carlos III que les precedieron, pues los principios éticos que rigen la vida de un militar son inmutables.

II. Su materialización: las recompensas militares

Pues bien, una vez identificadas la base normativa del derecho premial militar que, recordemos, es el artículo 62 f) de la Constitución, y su referencia de conducta, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, procede que sigamos nuestro camino y analicemos las recompensas militares actualmente vigentes.

El Real Decreto 1.040 / 2.003, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento general de recompensas militares, contiene, además de la exposición de motivos, un artículo único, el de aprobación del citado reglamento, cinco disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y dos finales.

De forma didáctica, fuera de toda normativa, podemos clasificar las recompensas contenidas en ese reglamento, es decir, las actuales recompensas militares, en tres grandes grupos: las que recompensan servicios distinguidos, las que recompensan el valor y las que recompensan la trayectoria del militar a través del tiempo.

El primer grupo, el de las otorgadas por *servicios distinguidos*, tiene aspectos comunes con la gran mayoría de las recompensas de carácter civil que premian precisamente ese tipo de servicios; por lo contrario, las del segundo grupo, las concedidas *al valor*, por su propia naturaleza solo existen en el derecho premial militar. Finalmente, cuando más adelante hablemos de las que *recompensan la trayectoria*, veremos que su exigencia no tiene parangón con la de las recompensas civiles que premian un concepto similar.

III. Recompensas por servicios distinguidos

Hecha esa introducción procede, como les decía, seguir adelante en nuestro camino y analizar cada uno de los tres grupos de recompensas militares antes indicados, comenzando por el que hemos denominado como «recompensas por servicios distinguidos».

Dentro del actual «Reglamento general de recompensas militares» (aprobado, como ya se ha dicho, por Real Decreto 1.040 / 2003, de 1 de agosto), claramente tienen ese carácter, además de la «Mención Honorífica» y la «Citación como distinguido en la Orden General», que no son condecoraciones, las *Cruces del Mérito Militar, del Mérito Naval y del Mérito Aeronáutico*.

Así se justifica por la simple lectura del citado reglamento, que indica de ellas que «tienen por objeto recompensar y distinguir individualmente a los miembros

de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil por la realización de acciones y hechos o la prestación de servicios de destacado mérito o importancia, así como al personal civil por sus actividades meritorias relacionadas con la defensa nacional».

La entonces «Orden del Mérito Militar», se instituyó por la reina Isabel II mediante Real Decreto de 3 de agosto de 1864, y sucesivamente se crearon la Orden del Mérito Naval y la Orden del Mérito Aeronáutico, denominándose sus condecoraciones, respectivamente, cruces de la Orden del Mérito Militar, de la Orden del Mérito Naval o de la Orden del Mérito Aeronáutico.

En el Reglamento del año 1995 desaparece el concepto de Orden, adoptando ya la actual denominación de cruces del Mérito Militar, Naval o Aeronáutico, según corresponda.

Para recompensar méritos, acciones, hechos o servicios distinguidos, que los militares hayan llevado a cabo durante su servicio ordinario o extraordinario o, en el caso de civiles, sus méritos relacionados con la defensa, se conceden habitualmente las *cruces con distintivo blanco*.

Cuando esos hechos, servicios o méritos a recompensar se han desarrollado en determinadas circunstancias especiales, el distintivo blanco se transforma, según veremos a continuación, en rojo, azul o amarillo, materializados por esos colores en los brazos de la cruz.

Así, encontramos las *cruces con distintivo rojo*, que tradicionalmente han recompensado hechos o servicios eficaces realizados con valor en el transcurso de una guerra así como la permanencia en zona de operaciones. Dado que en el presente contexto sociopolítico resulta poco probable que se produzca una declaración formal de guerra, el actual reglamento ha modificado la exigencia de que la acción se produzca en el transcurso de una guerra por la de que se produzca «en el transcurso de un conflicto armado, o de operaciones militares que impliquen o puedan implicar el uso de la fuerza armada». Si les parece, en adelante lo expresaremos de forma resumida diciendo *en operaciones*.

Por su parte, las *cruces con distintivo azul* se conceden por acciones, hechos o servicios extraordinarios que se hayan llevado a cabo en operaciones derivadas de un mandato de las Naciones Unidas o en el marco de otras organizaciones internacionales.

Finalmente, las *cruces con distintivo amarillo* se conceden por acciones, hechos o servicios que entrañen grave riesgo y, también, en los casos de lesiones graves o fallecimiento como consecuencia de actos del servicio, siempre que impliquen una conducta meritoria.

Como hemos dicho, con las grandes cruces y cruces del Mérito Militar, Naval o Aeronáutico, que acabamos de ver, se premian los méritos destacados, pero para premiar los méritos extraordinarios existen otras dos recompensas, una

para esos méritos contraídos en operaciones y otra para los contraídos en el resto de situaciones.

La *Cruz de Guerra* se instituyó por Orden Circular de 29 de marzo de 1938, para premiar a aquellas personas que, con valor, hubieran realizado acciones o hechos de gran eficacia en operaciones o que durante ellas hubieran prestado servicios sobresalientes durante un periodo continuado y que conllevasen unas dotes militares o de mando muy señaladas.

Por su parte, entre 1919 y 1921 se crearon la *Medalla del Ejército*, la *Medalla Naval* y la *Medalla Aérea*, con el objeto de recompensar a quienes, demostrando virtudes militares y profesionales sobresalientes, llevasen a cabo acciones o hechos distinguidos, en situaciones distintas de las operaciones. El vigente Reglamento de recompensas militares remarca que su concesión se realizará de forma muy excepcional y añade que la acción debe ser consecuencia inmediata y directa de las misiones propias de las Fuerzas Armadas y suponer un riesgo extraordinario.

Con esto finaliza nuestro recorrido por el primero de los tres grupos en los que, informalmente, hemos clasificado las recompensas militares actuales, el grupo que hemos denominado como *recompensas por servicios distinguidos* y en el que, junto con la Mención honorífica y la Citación como distinguido en la Orden General, hemos incluido las *cruces al Mérito Militar, Naval y Aeronáutico*, con sus distintivos blanco, rojo, azul y amarillo, así como la *Cruz de Guerra* y las *Medallas del Ejército, Naval y Aérea*.

IV. Recompensas al valor

Continuando nuestro camino procedería que ahora analizásemos el segundo grupo, el de las *recompensas al valor*, que son las que actualmente constituyen la Real y Militar Orden de San Fernando, quedando solo pendiente, para finalizar, el tercer y último grupo, el de las *recompensas a la trayectoria*, que mayoritariamente conforman la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

Por cierto, un apunte rápido, común a esas dos órdenes, la de San Fernando y la de San Hermenegildo: ambas fueron las primeras órdenes «de mérito» que se crearon en España, esto es, las primeras abiertas a todo aquél que, por sus méritos, mereciese ingresar en ellas sin atender a razones de nobleza, posición social o capacidad económica.

Pero, antes de examinar las *recompensas al valor*, me gustaría plantearles una pregunta:

Al describir las anteriores recompensas hemos visto que algunas premiaban actos realizados «con valor», otras premiaban actos realizados «con grave riesgo» y ha sido frecuente encontrar la exigencia de que esos actos se hayan realizado en operaciones. Y, sin embargo, en esa clasificación informal que estamos

utilizando para esta conferencia, esas recompensas las hemos clasificado como *por servicios distinguidos* y no en este grupo que estudiaremos a continuación, el que hemos denominado como *recompensas al valor*. ¿Por qué?

La explicación está en que, en las condecoraciones ya analizadas, lo que se recompensa es un acto trascendente, para el que se fijan determinadas condiciones entre las que en algunos casos se incluye el haberlo realizado con grave riesgo, o en operaciones, y siempre con el valor exigible a todo militar, pero lo importante, lo trascendente para conceder la recompensa, es el propio acto recompensado, mientras que a continuación veremos cómo, en las recompensas al valor, lo que se recompensa es un valor superior al exigible, es decir, un valor en los grados heroico o muy distinguido.

Aclarado ese punto, como decíamos, el siguiente alto en nuestro recorrido va a ser para ocuparnos de las *recompensas al valor*, que actualmente son las dos condecoraciones de la Real y Militar Orden de San Fernando, esto es, la *Cruz Laureada* de San Fernando y la *Medalla Militar*.

Comenzaremos por analizar, de forma sucinta, los orígenes y evolución de dicha Orden, que fue instituida, con la denominación de Orden Nacional de San Fernando, por la Regencia de España a iniciativa de las Cortes de Cádiz, el 31 de agosto de 1811, en plena guerra de la Independencia y estando todavía cautivo en Francia el rey Fernando VII.

La intención de las Cortes fue crear una condecoración única y de prestigio, que acabase con la proliferación de recompensas al valor que existía en ese momento, ya que era habitual que, tras cada hecho de armas importante, la correspondiente junta local o provincial instituyese una recompensa para premiar a los combatientes que más habían destacado en él.

El primer reglamento de la nueva Orden estableció ya unas premisas que definen el espíritu de la Orden y se han mantenido inmutables hasta nuestros días. Algunas de esas premisas son:

- Ser la máxima recompensa al valor para todos los militares.
- Se puede otorgar de forma individual o colectiva. El distintivo de las recompensas individuales es una cruz y el de las colectivas, una corbata que porta la bandera de la unidad.
- Tanto para acciones individuales como colectivas establece una «indagatoria», actualmente denominada «juicio contradictorio», para probar que el hecho lo ha llevado a cabo quien es propuesto así como la veracidad y la relevancia de dicho hecho.
- También se mantiene hasta hoy que el Capítulo sea el órgano superior de gobierno de la Orden y esté presidido por el soberano o, en ausencia de este, por el gran maestro.

Otras premisas han ido modificándose con el transcurso del tiempo, por ejemplo:

- Ese primer reglamento establecía que, los que no fueran nobles, al recibir la sexta cruz adquirirían la condición de nobleza y esta sería hereditaria. Esta disposición ya no figuró en los siguientes reglamentos.
- El segundo reglamento (año 1815) diferenció ya el valor muy distinguido del heroico. Esa diferenciación la trasladó también a sus correspondientes condecoraciones y, así, las que premiaban el valor heroico eran similares a las del valor muy distinguido pero orladas por una corona de laurel, corona que se mantiene en el nuevo diseño de esta condecoración y de la que toma la denominación de «laureada».
- Las cruces no laureadas desaparecieron de la Orden en 1920, con el quinto reglamento, en el que las acciones con valor muy distinguido ya no se recompensaban dentro de la Orden sino con la Medalla Militar, instituida dos años antes, o con la Medalla Naval hasta 1970, fecha en que desapareció. Así ha continuado hasta 2001, año en que el actual reglamento, el octavo, ha incluido en la Orden a la Medalla Militar con lo que, nuevamente, la Orden de San Fernando agrupa todas las condecoraciones al valor, sea heroico, premiado con la Cruz Laureada de San Fernando, o muy distinguido, premiado con la Medalla Militar.
- Finalmente señalar que igualmente ese quinto reglamento estableció la posibilidad de conceder también la Cruz Laureada de San Fernando por hechos realizados en tiempo de paz, disposición que se mantiene hasta el presente.

En cuanto al número de recompensas concedidas, ha habido dos periodos de la historia en los que se prodigó la concesión de recompensas de la Real y Militar Orden de San Fernando:

- El primer periodo fue el de la entrada en España de los denominados Cien mil hijos de San Luis (1823), con cuyos componentes Fernando VII se mostró especialmente pródigo respecto a las condecoraciones de la Orden obviando, en un rasgo no inusual suyo, sujetarse a la normativa en vigor.
- El otro periodo fueron las guerras carlistas, en el curso de las cuales ambos bandos concedieron profusamente esas condecoraciones al valor. Por cierto, tras el Abrazo de Vergara (1839), las concedidas por el bando carlista fueron mayoritariamente validadas por el Gobierno de Isabel II.

Por el contrario, a partir de 1856 y por acuerdo de Consejo de Ministros, O'Donnell endureció el juicio contradictorio para la concesión de la Laureada, con el objeto de incrementar todavía más su prestigio; desde entonces solo ha habido cuatro caballeros bilaureados, todos en las campañas de Marruecos.

Según el archivo de la Orden, a pesar de esos dos periodos de prodigalidad el número de *Cruces Laureadas de San Fernando* concedidas ha sido realmente reducido: durante dos siglos de continuas campañas, repletas de hechos

valerosos, se han concedido 236 laureadas colectivas y, a título individual, 261 grandes cruces o equivalentes, 1.958 cruces a españoles y 1.005 a extranjeros (entre ellos, 947 a componentes de los *Cien mil hijos de San Luis*, un número elevadísimo si lo comparamos con esas 1.958 concedidas a españoles a lo largo de doscientos años).

En cuanto al *valor muy distinguido*, en los primeros ciento diez años, hasta que las suprimiera el ya señalado reglamento de 1920, se concedieron 14.415 cruces de San Fernando sencillas (es decir, no laureadas) y, desde ese año hasta hoy, es decir, en otros noventa años, el valor muy distinguido se ha premiado con 795 medallas colectivas y, a título individual, con 1.767 Medallas Militares y 33 Medallas Navales, 1.800 en total, cuya comparación con las 14.415 del periodo anterior evidencia la todavía mayor exigencia en su concesión.

Entonces ¿cuántos caballeros o damas Cruz Laureada o Medalla Militar componen actualmente la Real y Militar Orden de San Fernando?

Recordemos que los últimos hechos premiados con Laureadas o Medallas Militares ocurrieron durante la guerra de Ifni-Sáhara, que finalizó en 1958, hace 63 años.

Como resultado de tanto tiempo transcurrido sin ingresos, el último Caballero Cruz Laureada falleció en 2007, a los 96 años de edad y al último Caballero Medalla Militar lo perdimos el pasado 18 de septiembre, con 92 años.

Ante esto, surge espontánea la pregunta, ¿es que en las numerosas misiones de paz en las que han participado nuestras Fuerzas Armadas durante los últimos treinta años, no ha habido ningún acto de valor heroico o muy distinguido?

Mi experiencia, tanto como participante como en la dirección o el apoyo a esas operaciones, me da el suficiente conocimiento de ellas como para contestar a esa pregunta, y la respuesta es afirmativa: sí ha habido actos de valor iguales, al menos, a otros que anteriormente se premiaron con recompensas de la Orden de San Fernando.

Entonces, ¿no se han recompensado? Sí, pero con cruces al Mérito Militar, Naval o Aeronáutico con distintivo rojo que, como señalamos anteriormente, premian los servicios distinguidos, realizados con valor sí, pero con el valor exigible a todo militar, que pasa así de «se le supone» a «acreditado», pero que no son las que premian el valor heroico o el muy distinguido, que van más allá del exigible. Otra pregunta que surge es ¿esa falta de miembros a título individual significa que la Real y Militar Orden de San Fernando ha desaparecido?

En absoluto, en primer lugar, porque también forman parte de la Orden las unidades que hayan sido recompensadas con una o más Laureadas o Medallas Militares colectivas. Esas unidades, pertenecientes a 32 unidades tipo regimiento, aseguran, en cualquier caso, la permanencia de la Orden.

Además, en cualquier momento nuestros militares desplegados en operaciones pueden realizar actos de valor merecedores de una Laureada o una Medalla Militar.

Siguiendo con nuestro recorrido, corresponde ahora mostrar cuál es la estructura actual de la Real y Militar Orden de San Fernando. Dado que en el punto siguiente vamos a tratar de la otra Real y Militar Orden, la de San Hermenegildo, y que, con alguna pequeña diferencia en su denominación, la estructura de ambas órdenes es en todo similar, describiremos ambas estructuras simultáneamente:

- El soberano de ambas órdenes es S.M. el rey. Preside su Capítulo, que en ambas órdenes es el máximo órgano de gobierno, y expide las cédulas de las correspondientes recompensas.
- El representante del soberano se denomina gran maestre en San Fernando y gran canciller en San Hermenegildo y cuenta con el apoyo de un maestre o censor, según la Orden, y de un asesor jurídico.
- Preside el Capítulo en ausencia del soberano, somete a su consideración los asuntos relevantes, preside la Asamblea, y recibe o remite al ministro de Defensa, jefes de Estado Mayor y director general de la Guardia Civil la documentación que corresponda.
- Las citadas Asambleas son el órgano ordinario de estudio en cada una de ambas órdenes. Se reúnen con la periodicidad que se determine, estudian los asuntos que se le eleven y emiten las correspondientes propuestas e informes.
- Cada Orden dispone de una Comisión para la gestión y tramitación de los asuntos ordinarios y la preparación de informes para las señaladas Asambleas. En el caso de San Fernando la Comisión se denomina Permanente y en el de San Hermenegildo, Ejecutiva.
- Finalmente, existe una única Unidad Administrativa para la gestión, control y archivo de la documentación de ambas órdenes.

Excepto el soberano y la Unidad Administrativa, el resto de órganos de las dos órdenes deben estar integrados por caballeros o damas en posesión de condecoraciones de la respectiva Orden; por ello, la actual falta de caballeros o damas Laureados o Medalla Militar imposibilita la constitución de los órganos que conforman la Orden de San Fernando.

Ante esto, el Real Decreto de aprobación del actual reglamento prevé, en su *disposición adicional tercera* que, en tanto se mantenga esta situación, de todos los asuntos relacionados con la Orden de San Fernando se encarguen la Asamblea Permanente y la Cancillería de la Orden de San Hermenegildo, asegurando así su funcionamiento.

V. Recompensas a la trayectoria militar

Y alcanzamos ya a la última etapa de ese camino que estamos recorriendo juntos y en el que, tras una breve visión del conjunto del derecho premial militar, hemos analizado, en primer lugar, las recompensas actualmente en vigor que hemos denominado *por servicios distinguidos* y posteriormente las *recompensas al valor*, para finalizar ahora nuestro recorrido con las recompensas a *la trayectoria militar* que, tanto para oficiales como para suboficiales se agrupan en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

Dado que ya hemos adelantado hace un momento su estructura, el siguiente paso será dar unas breves pinceladas sobre el origen y evolución de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

Finalizada la guerra de la Independencia, el *brigadier Xastano Pastore, comandante de la División Siciliana*, solicitó de Fernando VII un reconocimiento para los componentes de su unidad por su permanencia al servicio de la Corona. Fernando VII ordenó a *D. Francisco de Eguía, a la sazón su encargado de Estado y del Despacho de la Guerra*, que consultase la forma de hacerlo con el *vizconde de Wellington y duque de Ciudad Rodrigo*, que durante la guerra había sido el generalísimo de las Fuerzas Aliadas.

La propuesta de este fue que la Orden de San Fernando, creada como acabamos de ver tres años antes, sirviese para premiar no solo el valor sino también la constancia en el servicio.

Esa propuesta pasó al *Consejo Supremo de Guerra*, que se separó de ese parecer y propuso, para premiar la constancia en el servicio, crear una nueva Orden que se llamaría de *San Hermenegildo o de San Recaredo*. La nueva *Orden de San Hermenegildo* fue instituida por Fernando VII mediante Real Decreto de 28 de noviembre de 1814 y su primer reglamento se publicó el 19 de enero del año siguiente, 1815.

Al igual que se subrayó en la de San Fernando, también la Real y Militar Orden de San Hermenegildo ha conservado su espíritu fundacional durante sus más de 200 años de existencia. Baste ver cómo los dos requisitos actuales para ingresar, ascender y permanecer en la Orden, que son la permanencia en el servicio y la intachable conducta, ya figuraban en la propuesta del Consejo Supremo de Guerra:

«A dicha Orden pertenecerán aquellos dignos oficiales que, dedicando lo mejor de su vida y sacrificando su libertad, contribuyen con su larga permanencia al buen orden, disciplina y subordinación de los ejércitos. Solo será concedida a oficiales que tengan buena conducta, sin nota fea ni haber sido procesados por ningún delito».

Desde ese primer reglamento de 1815, hasta el actual publicado el pasado año 2021, que es el séptimo, se han ido introduciendo modificaciones que no

han afectado a su esencia, pero que han permitido a la Orden adaptarse a la evolución de las Fuerzas Armadas y de la sociedad:

- Inicialmente, el ingreso estaba reservado solo a oficiales de los Reales Ejércitos y Armada. El tercer reglamento, de 1879, extendió la Orden a los oficiales de la Guardia Civil.
- Con el cuarto reglamento, el del año 1994, se produjo el ingreso en la Orden de los suboficiales. Hasta ese momento, su trayectoria militar se había recompensado con la Cruz a la Constancia en el Servicio que, por tanto, desapareció. Ocho años después, en 2002, se recuperó y desde entonces premia la trayectoria de los militares de tropa, ya todos profesionales.
- Inicialmente se establecieron tres grados en la Orden: Cruz, Placa y Gran Cruz, variando en los distintos reglamentos los tiempos necesarios para el ingreso y ascensos. El cuarto reglamento, como hemos dicho de 1994, añadió la Encomienda y marcó ya los tiempos mínimos actuales: 20 años de servicios con intachable conducta para ingresar como caballero o dama cruz, 5 más para ascender a comendador o comendadora, otros 5 para placa y 3 años más y ascenso a general, para Gran Cruz.

El ingreso y ascenso en la Orden se produce a solicitud del interesado. Recibida esta, la Unidad Administrativa comprueba que ha perfeccionado el tiempo de servicios marcado y obtiene, de las evaluaciones anuales del interesado, todo el historial de sus calificaciones en disciplina y prestigio, así como los informes de sus jefes, a lo que une, en su caso, las sanciones disciplinarias por falta leve, grave o muy grave y las penas por delitos que pudiera tener el solicitante, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la militar.

La Unidad Administrativa eleva esta información a la Asamblea Permanente de la Orden que, tras analizarla, decide si la trayectoria del interesado está o no de acuerdo con los principios éticos y reglas de comportamiento contenidos en esas Reales Ordenanzas que ya hemos señalado al comienzo de esta conferencia como referencia de conducta y, en consecuencia, si el solicitante reúne o no las condiciones necesarias para el ingreso o ascenso en la Orden, elevando el gran canciller la consecuente propuesta de resolución al ministro de Defensa para su firma y publicación en el *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa*.

Caso de que se reciba en la Orden la comunicación de que uno de sus miembros ha sido sancionado o condenado, la Unidad Administrativa procede de forma similar a lo anteriormente indicado y eleva la información que haya reunido a la Asamblea Permanente, que la evalúa y decide si, indiciariamente, los hechos pudieran o no ser de la suficiente gravedad como para motivar su expulsión de la Orden.

Si así fuera, se incoa el correspondiente expediente ajustándose a la normativa existente al respecto en las Administraciones públicas. Finalizado el expediente,

la Asamblea Permanente lo estudia y decide si el afectado debe causar o no baja en la Orden; caso afirmativo, el gran canciller eleva la correspondiente propuesta al ministro, para su firma y publicación en el *Boletín Oficial del Ministerio*.

Para finalizar, resaltar que, dado que ese proceso de evaluación se repite al menos tres veces durante la vida militar de cada oficial o suboficial (ingreso, ascenso a comendador o comendadora y ascenso a caballero o dama placa), es obvio que la Orden constituye una excelente atalaya para valorar objetivamente la conducta y el grado de entrega al servicio del conjunto de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil.

Y les doy unos datos muy relevantes: durante los doce meses del pasado año, el número de solicitudes de ingreso o ascenso en la Orden evaluadas por la Asamblea Permanente ha sido de 4.539, un número lo suficientemente grande como para que su análisis sea significativo. Pues bien, en 4.503 casos, la señalada asamblea concluyó que los peticionarios sí habían observado intachable conducta, y solo en 36 la conclusión fue la contraria. Además, en ese mismo plazo la citada asamblea decidió iniciar 24 expedientes de baja a miembros de la Orden por posible no intachable conducta.

Ciertamente, saber que más del 99 % de nuestros oficiales y suboficiales mantienen, día tras día a lo largo de su vida militar, una conducta plenamente conforme con lo contenido en la Reales Ordenanzas, es una buena noticia y representa un magnífico final para este recorrido que, juntos, hemos realizado por *el actual derecho premial militar español*.

Muchas gracias por su atención

LA OTAN, DE DÓNDE VIENE, DÓNDE ESTÁ Y A DÓNDE VA

Conferencia pronunciada por el teniente general de Infantería de Marina, D. Francisco de Paula Bisbal Pons, director del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en Madrid, el 3 de mayo de 2022

Sr. presidente, muchas gracias por la presentación y tus amables palabras. Para mí, es un honor y un privilegio tener la oportunidad de dirigirme a los miembros de la Real Academia de la Legislación y Jurisprudencia.

El tema que me han propuesto no puede ser más oportuno, no ya por la próxima cumbre de la OTAN en Madrid, a finales de junio, sino porque el conflicto bélico en Ucrania, provocado por la injustificable invasión rusa, pone sobre la mesa una serie de interrogantes que deberán ser aclarados de cara al futuro que quiere encarar la organización.

I. La OTAN, ¿de dónde viene?

Decía Voltaire que «el secreto de aburrir a la gente consiste en decirlo todo». En una conferencia como esta y en este momento, es difícil sintetizar lo esencial. Trataré de hacer caso a Voltaire e intentaré transmitir una información completa sin decirlo todo. A ver lo que sale.

La OTAN ha sido y es la organización de seguridad (política y militar) más grande

y de mayor éxito en la historia. Esta afirmación no es solo mía, se han referido a la OTAN en estos mismos términos, personalidades mucho más cualificadas que yo (entre ellos varios presidentes de gobierno americanos y europeos).

El Tratado Atlántico se firmó en abril de 1949, con una Europa tratando de recomponerse después de la Segunda Guerra Mundial. Hay que recordar que —solo cuatro años antes—, en 1945 se firmó la Carta de las NN. UU y, en cierto modo, este Tratado puede considerarse una continuación de aquella, para la preservación de la paz y la seguridad frente a una nueva amenaza emergente; ya que la URSS, como potencia vencedora, adquiere una singular fuerza, pero con un sistema —el comunista— que es percibido como antagonista por los países occidentales y, en definitiva, como una amenaza a sus propios sistemas de valores.

Los 12 países firmantes establecen entonces su firme determinación de preservar la libertad y la herencia común de sus gentes, basados en los principios de democracia, libertad individual y gobierno de la Ley. Tal como establece el literal del Tratado.

No es mi intención en un foro tan especializado como este hacer un repaso de los 14 artículos del tratado, sin embargo, hay un artículo que, de por sí, proporciona identidad propia al mismo. Hablamos del art. 5, en el que los estados firmantes acuerdan que un «ataque contra uno o varios de ellos debe ser considerado un ataque contra todos y, consecuentemente, en el ejercicio del derecho individual o colectivo de defensa propia (reconocido por el art. 51 de la Carta de NN. UU.), actuarán individualmente o en concierto con otros estados de la manera que sea necesaria —incluyendo el uso de la fuerza—, para restaurar y mantener la seguridad en el área noratlántica».

A lo largo de la historia del Tratado, este artículo permanece como la esencia de su propósito, aunque las circunstancias y condiciones ambientales se hayan ido modificando.

Aunque como he mencionado, el Tratado Atlántico lo firmaron inicialmente 12 naciones, la OTAN se ha ido ampliando sucesivamente hasta llegar hasta los 30 estados miembros que tiene en la actualidad.

En este punto es obligado mencionar una de las singularidades del tratado y es que la OTAN dispone de un órgano político, el Consejo Atlántico, en el que se toman todas las decisiones por consenso de los países miembros. Y esta es una de las grandezas de la OTAN —ya que en las votaciones, todos los países cuentan por igual—, pero también de las debilidades, dado que al haber crecido hasta 30 estados miembros, las decisiones por consenso son mucho más difíciles de tomar.

Decía Kissinger que «la historia es la memoria de los estados». Por tanto, hay algunos momentos en este devenir de los años que es importante recordar, ya que muchos de ellos nos van a permitir entender mejor la situación en la

que estamos, desde el punto de vista geoestratégico y, de la que hablaré posteriormente.

Con la creación de la OTAN se inicia el periodo de la Guerra Fría, en la que se enfrentan inicialmente la OTAN y la URSS. Posteriormente, la creación del Pacto de Varsovia en 1955 con el liderazgo de la URSS, proporcionó una mayor entidad y equilibrio de fuerzas al bloque soviético.

Durante este periodo, el concepto de la «disuasión» surge con fuerza como el instrumento de confrontación más utilizado por los contendientes. Hay que recordar a la audiencia que el concepto disuasión implica la posesión de una capacidad y la firme voluntad de utilizarla. Como quiera que en los dos bandos estaban fuertemente armados con capacidades nucleares, el concepto disuasión y las consecuencias de que esta fallara, es decir la «destrucción mutua asegurada», entran en juego y permiten que, en definitiva, el periodo sea considerado de máxima tensión política, pero conteniendo el uso de la fuerza. Más adelante, volveré a hacer referencia a este concepto «disuasión», ya que ha vuelto a ponerse sobre la mesa del tablero mundial.

A los 12 signatarios fundadores de la organización, se habían unido Grecia y Turquía en el 1952 y Alemania en 1955 (solo 10 años después de perder la guerra); y España se unió en 1982 (y posteriormente en 1986, después de un referéndum decidimos permanecer) totalizando entonces 16 miembros.

El periodo de la Guerra Fría finalizó con el colapso del bloque soviético. La caída del Muro de Berlín en 1989 y la disolución de la URSS en 1991 pusieron fin a este periodo. Algunos autores como Francis Fukuyama, diagnosticaron esto como el nacimiento de una nueva era (*El fin de la historia y el último hombre* era el título del libro que publicó en 1992), donde la democracia liberal occidental se asumiría como un sistema de referencia al que se tendería con carácter global. La historia nos ha demostrado que estaba bastante equivocado.

Los años 1995 y 1999 marcan dos hitos importantes en la organización, con sendas intervenciones militares por parte de la OTAN, en Bosnia-Herzegovina y Kosovo respectivamente. Recordarán ustedes que la OTAN intervino en Bosnia-Herzegovina como consecuencia de la inacción de NN. UU, o mejor dicho sus cascos azules, en la matanza de Srebrenica, en la que las milicias servo-bosnias masacraron a unos 8.000 (según las fuentes) bosnios musulmanes (casi todos hombres); y también en el 99 contra Serbia —recordarán intensos bombardeos de fuerzas OTAN en la capital Belgrado—, ante la actitud serbia contra las minorías kosovares.

En este último año 1999, la OTAN comienza claramente su expansión hacia la antigua área de influencia del Pacto de Varsovia, con la incorporación de Polonia la Rep. Checa y Hungría. También España culmina este mismo año su incorporación a la estructura militar.

Vemos pues, que diez años después de la desintegración de la URSS la Federación Rusa comienza a darse cuenta de que su papel en el contexto internacional es de segundo orden. El país está atravesando unos años muy difíciles en los que tanto su poder militar como económico están prácticamente tocando fondo.

Es obligado mencionar que en el año 2001 irrumpe un auténtico «cisne negro», con el ataque de Al-Qaeda a Nueva York y Washington. Como consecuencia, los EE. UU. invocaron el art. 5 por primera vez en la historia de la organización.

En esa tesitura, el mundo conmocionado asumía que el terrorismo yihadista se convertía en la primera amenaza global. Podríamos afirmar, que, en aquel momento, Rusia quedó descatalogada como un enemigo potencial de la OTAN. De hecho, la actitud con Rusia es de paulatino acercamiento y contábamos con ellos como actores en una nueva configuración europea. Eran años en los que se pensó que podría llegar a ser realidad aquel ensueño de Mijail Gorbachov de crear la «casa común europea» donde, como puede pensarse, Rusia tenía su espacio.

Una prueba del acercamiento existente es que en el año 2002 se crea el NATO-Russia Council (NRC) —con Vladimir Putin como presidente—. Un organismo pensado para la cooperación en varios sectores incluyendo la lucha contra el terrorismo, y la no proliferación de armas. Decía Tony Blair entonces cosas como esta: «En verdad, cualquiera que sea la historia de la Guerra Fría y las sospechas tradicionales que engendró, la realidad hoy es que Rusia, América del Norte y Europa enfrentan muchos de los mismos desafíos y comparten muchos de los mismos objetivos». ¡Cómo ha cambiado el mundo en 20 años!

Por cierto, fue en 2003 cuando la OTAN intervino en Afganistán, con los consabidos resultados. Al año siguiente, en 2004, se produjo el ingreso de las tres repúblicas bálticas (Estonia, Letonia y Lituania) y de Bulgaria, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia. Es decir, la expansión hacia el este de la OTAN es muy clara en ese momento. La OTAN sigue creciendo, dando ingreso a Albania y Croacia en el año 2009, Montenegro en 2017 y Macedonia del Norte en 2020.

La incorporación de Estonia, Letonia y Lituania merece un comentario aparte, puesto que no es que fueran miembros del Pacto de Varsovia, como los últimos miembros en incorporarse, sino que estos eran antiguos miembros de la URSS. También hay que destacar que sobre todo en Estonia y Letonia había (y hay) unas considerables minorías rusas (entre el 25 y el 30 % de sus poblaciones) y, también, aunque en menor medida en Lituania. Siempre cabrá preguntarse si esta adhesión les proporcionó un seguro de vida, al ver lo que ha ocurrido en Ucrania.

Desde 1949 hasta el final de la Guerra Fría, la OTAN aprobó cuatro conceptos estratégicos que se basaron preferentemente en la disuasión y la defensa colectiva, aunque con una atención creciente al diálogo y la distensión a medida que la Guerra Fría fue perdiendo fuerza.

En el periodo posterior a la Guerra Fría, a partir de 1991, y hasta nuestros días se han aprobado tres nuevos conceptos estratégicos —en 1991, en 1999 y en 2010—, que responden al contexto geopolítico y de seguridad al que ha tenido que hacer frente la Alianza en cada circunstancia histórica.

Si el quinto Concepto Estratégico —el que fue aprobado en la Cumbre de Roma en noviembre de 1991—, reflejaba los profundos cambios políticos producidos en Europa Central y Oriental con el fin de la división política de Europa, el Concepto Estratégico de 1999 propugnaba que la OTAN debía desempeñar un papel más activo en las operaciones de gestión de crisis, incluso si la zona de intervención estaba fuera del área del Tratado del Atlántico Norte y la operación no implicaba compromisos de defensa colectiva. Fueron lo que se conocieron como «operaciones de respuesta de crisis no artículo 5».

En el año 2010 se realiza la Cumbre de Lisboa, donde la OTAN aprueba un nuevo Concepto Estratégico (CE). El que continúa vigente. En el escenario sobre el que se construye este nuevo (CE), se valora como muy improbable un ataque convencional en territorio OTAN y las preocupaciones más grandes están en el terrorismo internacional, la proliferación de armamento nuclear no controlado, los tráfico ilegales y la inestabilidad en diversas zonas más allá de las fronteras. El nuevo CE especifica tres cometidos fundamentales: defensa colectiva, gestión de crisis y seguridad cooperativa.

La gestión de crisis trataba de priorizar el empleo de las herramientas políticas y militares necesarias para gestionar estas antes de que se convirtieran en conflictos que, como estaba demostrando Afganistán, resultaban muy difíciles de resolver.

Por su parte, la seguridad cooperativa recogía la experiencia de los partenariados que tan buenos resultados habían dado en las dos décadas precedentes para extender la seguridad aliada hasta las fronteras rusas. El denominado «partenariado para la paz» (PfP) es un buen ejemplo.

Aunque la situación de países como Ucrania y Georgia era complicada. Ambos habían mostrado un marcado interés por formar parte de la Alianza —ya desde su independencia—, sin embargo, entre los aliados no existía consenso sobre su ingreso, como se puso de manifiesto en la cumbre de Bucarest de 2008.

Algunos socios, como Alemania y Francia, entendían esta ampliación como una excesiva provocación hacia Rusia, cada vez más recelosa de la aproximación de la OTAN hacia sus fronteras, y que, con el presidente Putin al frente, parecía dispuesta a recuperar el estatus de gran potencia perdido con el fin de la Guerra Fría. La corta guerra de Georgia en el verano de 2008 (con el apoyo ruso a la autoproclamación de independencia de Osetia del Sur y Abjasia, dentro de Georgia) pareció dar la razón a los partidarios de no provocar con una expansión excesiva a Rusia.

A pesar de ello, la desconfianza rusa sobre las intenciones de la OTAN con la ampliación hacia el Este y la desaparición de la zona «colchón» de separación

entre las fronteras nacionales de Rusia y las de la OTAN, hizo que la actitud de Rusia hacia Occidente fuera progresivamente deteriorándose.

Por otra parte, las convulsiones geopolíticas que sacudieron el mundo árabe a partir de 2011 pero, sobre todo, el éxito ruso en la utilización de la llamada «guerra híbrida» para ocupar Crimea primero en 2014, e intervenir en Ucrania oriental después, demostraron las limitaciones del Concepto Estratégico de 2010 para contener a Rusia en el Este y afrontar los riesgos y amenazas procedentes de Oriente Medio y el Norte de África.

Ello obligaría en los años siguientes a la Alianza, a adaptar sobre la marcha su estrategia a medida que nuevos acontecimientos geopolíticos modificaban los supuestos sobre los que se había construido un concepto estratégico. De este modo, la OTAN fue recuperando progresivamente una renovada preferencia por las misiones del artículo 5 relativas a la disuasión y a la defensa colectiva frente a la amenaza rusa, en detrimento de la gestión de crisis que había dominado las intervenciones aliadas de la primera década del siglo.

Así, en la cumbre de Gales de septiembre de 2014, los aliados se comprometieron a aumentar su gasto de defensa al 2 % de su producto interior bruto para 2024, algo que, si bien se entendía que no era realista, asumió en los años siguientes una importancia política más allá de su valor nominal. Se trataba de abordar el creciente vacío de seguridad de Europa y definir quién estaría a cargo de la seguridad europea, en unos momentos en los que se había reducido la huella de los Estados Unidos en Europa y se había producido una importante reducción en la capacidad militar europea desde la década de los 90.

Creo que a partir de este momento, donde la actitud de Rusia quedó muy clara con la invasión y anexión de Crimea, Europa se da cuenta de que no está poniendo suficiente atención a su defensa.

También hay que recordar que ese mismo año (2014) se autoproclamó el Estado Islámico y la situación en los países de Oriente Medio se convierte en un motivo más de preocupación para la OTAN, algunos de cuyos miembros combaten al ISIS en Irak y Siria. De este modo la OTAN aprobó una declaración política en la cumbre de ministros de defensa de 2015, donde afirmaba la necesidad de proporcionar «visión de 360º» y un año después en Varsovia se introdujo el concepto de «proyección de estabilidad», que no era más que una especie de combinación entre la gestión de crisis y la seguridad cooperativa (dos de las tres misiones aprobadas en el CE de Lisboa).

En otro orden de cosas, creo que es importante señalar también los avances que ha habido en mentalizar a los miembros sobre la amenaza que suponen los ataques cibernéticos. De este modo, la OTAN identifica —formalmente— al ciberespacio como un «ámbito de operaciones», en el que también hay que defenderse con tanta eficacia como en el aire, en tierra o en la mar.

A estos cuatro ámbitos se unirá el espacio ultraterrestre como un quinto dominio reconocido a partir del 2019. Esto está motivado, sobre todo, para responder a los problemas cada vez mayores de protección de los activos espaciales aliados, principalmente los satélites, frente a intenciones hostiles como puede ser la interferencia procedente de países como Rusia y China.

Bueno, hemos repasado la historia reciente de la OTAN. Vamos a ver

II. ¿Dónde está ahora?

Estoy escribiendo estas líneas solo unos días después de que Rusia haya iniciado una invasión militar sobre Ucrania en múltiples frentes. Es un hecho que no tiene precedentes, ya que se trata de una violación flagrante del derecho internacional —comenzando por la Carta de las NN. UU.—, que no tiene ninguna justificación.

Incluso antes de que los rusos entraran en Ucrania, creo que he dejado claro que el CE de Lisboa se había quedado desactualizado. Es cierto que hay que modificar muchos aspectos, pero también lo es que hay muchos otros que siguen estando vigentes. Creo que los tres cometidos fundamentales que contemplaba el último CE siguen siendo válidos (defensa colectiva, gestión de crisis y seguridad cooperativa) y nos sitúan en una buena posición para confrontar las amenazas tradicionales.

La guerra de Ucrania no debe hacernos sacar conclusiones distorsionadas. Es prematuro el análisis riguroso, pero hay algunos aspectos que nos pueden hacer corroborar cuestiones que han ido surgiendo en años anteriores y a las que me he referido anteriormente.

Confieso que a mí (igual que ha admitido mucha gente), la invasión rusa me sorprendió. Yo no creía que fueran a plantear un ataque masivo, como el que han realizado.

Después de ver lo que pasó —o está pasando—, es muy fácil declarar lo importante que es la disuasión y la defensa.

Sobre Rusia podríamos dar una conferencia entera, dado que su inesperada invasión de Ucrania es un hecho de tal trascendencia que puede, por sí solo, condicionar la orientación del nuevo concepto estratégico.

La primera idea que nos surge es que podríamos pensar que hemos fallado en nuestro primer *core task*: la disuasión y defensa. Bien es verdad que Ucrania no es un miembro de la Alianza, pero si la OTAN hubiera tenido una credibilidad suficiente en cuanto a capacidad militar y voluntad de pasar a la acción (las dos condiciones para ejercer una disuasión creíble) las cosas no hubieran sucedido como lo han hecho.

Es posible que el fiasco de Afganistán fuera un estímulo para que Rusia se lanzara a una aventura militar descabellada, pero la realidad es que lo hizo y, eso, debería hacernos reflexionar.

La situación es seria, puesto que nadie sabe hasta dónde puede llegar Putin. Hay que recordar que sus nostalgias imperiales pasan por recuperar toda el área de influencia de, al menos, la antigua URSS y, aquí, es obligado recordar que tenemos a las tres repúblicas del Báltico (Estonia, Letonia y Lituania) como miembros plenos de la OTAN desde 2004 (y también de la UE).

Me preguntaba antes si, con su adhesión, estos tres países habían firmado un seguro de vida. ¿Se atrevería Rusia a hacer un movimiento similar en los «bálticos»? La estrategia podría ser similar a la utilizada en Ucrania ahora y en Georgia y Moldavia antes. Hay una cuestión trascendental que diferencia estos escenarios y es que un movimiento ofensivo sobre alguna de las tres repúblicas bálticas automáticamente supondría la invocación del art. 5 del Tratado de Washington y la entrada en guerra con Rusia de la OTAN.

Es necesario recordar, que Rusia ha puesto en alerta a su «fuerza de disuasión estratégica», es decir a sus capacidades nucleares. Esto supone disponer de 1.600 cabezas nucleares ya listas para ser utilizadas y la posibilidad de activar hasta un total de entre 4.800-6.000 más (dependiendo de las fuentes). Todos hemos escuchado las amenazas de Putin o su ministro Lavrov de utilizar esta fuerza. Una locura que nos llevaría a una III guerra mundial, donde el mundo entero podría ser arrasado. Recuerden aquello que decía Albert Einstein: «no sé con qué armas se combatirá la tercera guerra mundial, pero la cuarta se peleará con palos y piedras».

A pesar de todo y, como primera valoración, es muy posible que Rusia tenga ya perdida la guerra en el nivel político-estratégico. A pesar de que el voto de la resolución de la Asamblea General de las NN. UU. estableciendo la condena sobre la invasión rusa no fue unánime (de 183: 140 a favor, 5 en contra y 38 abstenciones), sí que se puede afirmar que Rusia ha perdido su credibilidad política. Además, el régimen de sanciones en la UE, lo han aislado políticamente en el contexto regional europeo.

También es importante la atención que debemos prestar a China. Está bastante claro que tanto China como Rusia buscan un revisionismo a las reglas del «orden mundial».

Estos regímenes autocráticos son conscientes de las vulnerabilidades de los sistemas democráticos liberales que caracterizan a los países de la OTAN y, sin duda, utilizarán esto como un factor de ventaja. De esta manera, están utilizando el ámbito cognitivo para influir en las audiencias occidentales. Es lo que Christopher Walker y Jessica Ludwig bautizaron como el *Sharp Power*.

¿Qué tratamiento debe dar la OTAN a China? La respuesta a esta pregunta requiere hacer algunas reflexiones.

No cabe duda de que China será quizá el primer actor global, junto a los EE. UU. en las próximas décadas y, por tanto, hay que tenerlo muy presente a la hora de diseñar un nuevo CE.

China ha declarado, por boca de su presidente, la intención de igualar —al menos— las capacidades militares de los EE. UU. en 2049, año en el que se cumplirá el centenario de la proclamación de la República Popular China. Es decir, China es un potencial adversario militar muy fuerte, aunque no está planteada una confrontación política que nos lleve a un enfrentamiento.

Esta afirmación tiene cierta lógica si pensamos que China es el principal aliado comercial de Occidente y un conflicto contra la OTAN haría mucho daño a esta, pero quizá haría más daño a China.

China tiene su propia agenda. Necesita abastecerse de hidrocarburos y minerales y tierras raras para mantener su pujante industria y, para ello, necesita asegurar sus fuentes y rutas de suministro. La iniciativa de la «nueva ruta de la seda» está planteada en estos términos. Pero para que funcione con seguridad, también es necesario que la ruta esté asegurada militarmente.

De hecho, China está abriendo bases fuera de su territorio de influencia tradicional (en Yibuti, Myanmar o Pakistán llevan funcionando años y, es posible, que estén barajando opciones en otros lugares como Guinea, Sri Lanka, Argentina, etc.).

III. ¿A dónde vamos?

Vivimos tiempos de enorme importancia para el futuro de nuestras naciones, incluso me atrevería a decir para el futuro del mundo. No estamos seguros de cuál debe ser el camino a seguir, ni qué nos deparará el futuro. Lo que sí sabemos, como señaló el ex primer ministro australiano Kevin Rudd, es que esta será una década en la que viviremos peligrosamente.

La guerra de Ucrania —ahora sin eufemismos— (digo esto ante un grupo de juristas que podrían replicarme que, formalmente, esto no es una guerra), es un hecho de tal importancia geopolítica, que va, en gran medida, a condicionar la configuración del futuro orden internacional.

La postura adoptada por la OTAN —y cuando hablo de la OTAN me refiero tanto a la organización en sí como a los estados miembros—, ha sido de reacción política, diplomática y económica contra Rusia y de apoyo político, económico y militar a Ucrania. Esta postura obliga a un posicionamiento militar más fuerte en el frente oriental de la OTAN; muy especialmente en las repúblicas bálticas, ya que no hay que olvidar que fueron parte de la URSS; un espacio vital que Putin sigue reclamando para sí. La invasión de Ucrania, improbable para muchos hace solo 3 meses, ha dejado constancia de que Putin tiene su agenda y, desgraciadamente, en Occidente no conocemos todo su contenido.

No está muy claro cuál será el final de la guerra. Ucrania ha sorprendido al mundo con su capacidad de reacción y la resiliencia que muestran ante la superioridad militar Rusa. Creo que los ucranianos van a resistir hasta el final, pero no creo que sean capaces, ni de restablecer la integridad territorial de la Ucrania del 23

de febrero de 2022 (con esta afirmación doy por perdidos para siempre tanto Crimea como el Donbass), ni de ser capaz de retener el pasillo de Mariupol hasta Crimea.

Creo que Putin puede ofrecer la conquista de estos territorios como una victoria al pueblo ruso y pasar a una paz negociada.

Podría intentar continuar hacia el oeste para conectar el terreno conquistado con Transnistria (república prorusa autoproclamada en territorio de Moldavia), incluyendo la franja costera y la ciudad portuaria de Odessa; lo cual privaría de salida al mar de Ucrania, sumiéndola en ostracismo económico, ya que su supervivencia está fuertemente ligada al comercio por mar. Esta opción podría no ser aceptable, para ir a una mesa de negociación, prolongando el conflicto y, también, el riesgo de involucrar a terceras partes.

Decíamos antes que un conflicto de China con Occidente era algo improbable. Ahora bien, China puede estar tomando nota de la actitud de la OTAN (y cuando hablo de la OTAN hablo también de los EE. UU.), y aprovechar esta laxitud estratégica para dar el «zarpazo del dragón» y quedarse con Taiwán mediante una acción híbrida, pero mostrando un fuerte músculo militar. El gran interrogante ante esta posibilidad será la actitud a tomar por los EE. UU. ante una situación que les pone en desventaja estratégica en el sudeste asiático, región en la que tienen una fuerte presencia e intereses.

Hay que tener presente, que un enfrentamiento de los EE. UU. con China podría arrastrar al conflicto a algunos de sus aliados, aunque no necesariamente a toda la OTAN. Pero las consecuencias de un conflicto en esa zona pueden desembocar en un conflicto de alcance casi global. También recuerdo aquí que China es potencia nuclear.

La actitud de Rusia, demostrada en la guerra en Ucrania y la posibilidad de que China aproveche este impasse, dejan claro que la OTAN debe reforzar su capacidad de disuasión y defensa muy seriamente en el futuro.

La reciente aprobación de la «brújula estratégica» por parte de la UE, puede ser un hecho que ayude en esta dirección (no olvidemos que 21 de los 27 miembros de la UE, son también miembros de la OTAN). Este documento establece un buen número de medidas para que la «Europa de la defensa» sea un proyecto sólido. Pero este desarrollo debe hacerse coordinadamente para evitar una indeseable competencia o duplicación de esfuerzos entre estas dos organizaciones. Si esto lo hacemos bien, los EE. UU. podrían «aligerar» su frente europeo y el pilar europeo de la OTAN dispondría de capacidades suficientes para plantear una defensa autónoma, potente y coordinada. Por todo ello, la mencionada «brújula estratégica» es una gran oportunidad de desarrollar de forma seria y con respaldo económico una sólida política de seguridad y defensa en Europa.

El paso dado por Alemania, declarando una inversión de 100.000 millones de € en defensa de forma inmediata y de incrementar su presupuesto de defensa a

un 2 % del PIB, son una señal inequívoca de la determinación europea de tomar este asunto en serio de una vez por todas.

El paso dado por Alemania está convenciendo a muchos que otrora eran escépticos —como España—. Esto, sin duda va a contribuir a que la defensa europea mejore considerablemente.

La influencia sino-rusa en diferentes teatros como África, América Latina o el sudeste asiático y los conflictos regionales en estos teatros, deben obligar a la OTAN a mantener una vigilancia en 360°. Lejos quedan aquellos tiempos en los que el «telón de acero» era una clara división geográfica entre este y oeste. Ahora estamos obligados a estar vigilantes. La penetración rusa en África (utilizando como proxi a la empresa de seguridad Wagner) es solo una indicación de que nuestras alertas deben ser multidireccionales.

Tampoco podemos abandonar las amenazas que hasta ahora nos plantea el terrorismo transnacional y otras amenazas que hemos venido considerando, como la proliferación de armas de destrucción masiva, el crimen organizado o las redes de tráfico ilegales.

Por ese motivo, la OTAN, fundamentalmente en la gestión de crisis y la seguridad cooperativa debe tener un alcance global. La capacidad de intervenir en puntos remotos, pero que pueden tener repercusiones de seguridad en otros puntos del planeta —en nuestro caso en la zona de la OTAN— es algo a tener en cuenta a la hora de repensar nuestra organización. Ahora bien, el fracaso de Afganistán nos debe hacer meditar bien las condiciones en las que decidimos intervenir en crisis fuera del territorio de la OTAN.

El nuevo CE sin duda prestará una atención especial a nuevos dominios como el ciberespacio, el espacio exterior y el ámbito cognitivo.

La creciente explotación del *ciberespacio* es algo que ya hemos podido constatar. El ámbito ciberespacial es muy difícil de concretar. En la guerra de Ucrania están claras las acciones de las unidades mecanizadas, acorazadas o artilleras, porque su destrucción queda patente a través de imágenes que nos impactan y que todos los días aparecen en los medios. Pero tenemos que ser conscientes de la destrucción que puede organizar una campaña ofensiva bien diseñada en el ciberespacio. La posibilidad de paralizar instalaciones críticas, recursos vitales o sistemas financieros es un riesgo que no se puede descartar. Por tanto, la OTAN debe realizar unas grandes inversiones para ser más potentes en la defensa contra este tipo de amenaza. Además, las naciones tienen que desarrollar mecanismos de resiliencia que le permitan la supervivencia ante situaciones como las descritas.

También deberemos prestar una atención especial a un nuevo ámbito, el *cognitivo*, en el que se desarrollan acciones deliberadas de desinformación y manipulación para influir —bajo la batuta de terceros actores— en la opinión pública de la audiencia seleccionada. También es un ámbito muy desconocido

y, además, difícil de defender, y no podemos obviar la realidad de que ya ha sido utilizado para «atacar» a países de nuestro entorno, mediante injerencias en procesos electorales, encuestas de opinión, etc.

En relación con el espacio ultraterrestre se constata un proceso rápido de militarización. Pensemos que si llegara el caso, la eliminación de satélites tendría un impacto muy importante en prácticamente todos los ámbitos de nuestra sociedad. Solo tenemos que pensar en lo que representan en nuestro día a día las constelaciones satelitales que nos proporcionan comunicaciones o datos de posición como el GPS. Por tanto, la OTAN debe prever sistemas de protección de las infraestructuras espaciales. Algo que requiere grandes inversiones y el desarrollo de nuevos sistemas.

Para finalizar, el futuro de la OTAN, quería referirme a la política de ingreso de nuevos miembros. La guerra de Ucrania ha puesto a temblar a Europa. Los países vecinos no miembros de la alianza temen actitudes como la que ha llevado a la invasión de Ucrania; bien por intereses propios de la Federación Rusa o porque las consecuencias de la propia guerra hayan arrastrado las operaciones al exterior de Ucrania. La posible involucración en el conflicto de Moldavia es algo que no se puede descartar y que, además, pone nerviosos a otros vecinos de la zona.

En este sentido, están sobre la mesa los potenciales ingresos en la OTAN de Suecia y Finlandia. Pero la decisión ni está clara, ni es fácil de tomar (recordemos que, según el art. 10 el ingreso de nuevos países europeos debe hacerse «por acuerdo unánime» de los miembros). Hay que tener en cuenta, por una parte, que la aceptación de nuevos miembros en la inmediata vecindad de Rusia —que es el caso de Finlandia—, exacerbará aún más los ánimos de Putin, que ya ha amenazado con el empleo de armas nucleares y esto puede hacer reflexionar a muchos de los vecinos, a la hora de tomar la decisión. Por otra parte, dejar a Finlandia y Suecia a sus expensas, ante una inminente amenaza rusa, supondría la implicación en el conflicto de 21 de los 30 estados miembros, me refiero a los que son socios de la UE; ya que por el art. 42.7 los países de la UE están obligados a prestar «ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance». Por lo tanto, parecería lógico que en tal situación, se optara por las mayores garantías que representa tener el apoyo de una organización como la OTAN, cuya estructura militar y de fuerzas está sólidamente arraigada.

IV. ¿Cómo encara España su futuro dentro de la OTAN?

Quería finalizar estas notas sobre la OTAN con el papel que debe o debería asumir España en la organización.

España es un país que, en las últimas décadas, ha tenido poco apego a lo militar. Esta afirmación está bien justificada si tenemos en cuenta que el último conflicto armado contra una agresión exterior fue nuestra guerra de la Independencia contra Francia (y de la forma en que fuimos «agredidos» podríamos comentar muchas cosas), y de esto hace más de 200 años. Además, a lo anterior hay que añadir que el último recuerdo de una confrontación armada en España se debió a la Guerra Civil; una guerra fratricida que dividió al país, al que siguió una dictadura militar y cuyas secuelas se han vivido durante muchos años. Todo ello provoca una natural animadversión a lo militar. Yo diría que es incluso lógico y natural.

Afortunadamente, la imagen de las FAS ha mejorado mucho en los últimos años. A ello han contribuido no solo la lógica modernización que viene con los tiempos y las nuevas generaciones, sino también el prestigio que nos ha reportado la participación en misiones internacionales. Además, con la creación de la UME, unida a la creciente participación de unidades militares en apoyo a la población en situaciones excepcionales (como la pandemia), han permitido que el prestigio de los militares nos haya llevado a ser la institución más valorada por la sociedad española (SEP 21).

Ahora bien, el cariño a las FAS y el compromiso con la defensa, son dos cosas diferentes, y los españoles han dado muestras sobradas de esa falta de compromiso; tanto en la posibilidad de tener que implicarse personalmente en caso que fuera necesario para la defensa de España o en aprobar unas dotaciones mayores que las que disponemos para el presupuesto de Defensa. Llevamos muchos años a la cola de los países OTAN (el n.º 29 en concreto) en lo que se refiere a nuestro porcentaje sobre el PIB, para cuantificar el presupuesto de defensa. Actualmente un 1,04 %, lo que supone unos 10.000 M€.

Esta cantidad nos ha mantenido estancados (incluso hemos retrocedido en euros corrientes) desde el año 2008, cuando se produjo la crisis económica y financiera.

Lógicamente, las FAS han acusado este periodo de austeridad y nuestras capacidades están afectadas.

A pesar de ello España es un socio fiable. El multilateralismo es uno de los ejes principales de nuestra política de defensa y, por tanto, tratamos de cumplir con nuestros compromisos internacionales. Si obviamos el tema del porcentaje del PIB, hay que recordar que somos unos buenos contribuidores a las operaciones (tanto de la OTAN como de la UE y las NN. UU), tanto en capacidades como en número de operaciones.

Decía antes que la situación en Ucrania ha hecho despertar a Europa. Pues bien, también ha hecho despertar a España. En este sentido, debemos albergar cierto optimismo, tras las declaraciones políticas de nuestro gobierno de aumentar hasta el 2 % del PIB tal como nos habíamos comprometido en Gales.

Tanto la nueva orientación de la OTAN, con el CE de Madrid, como la brújula estratégica de la UE, aprobada el pasado mes de marzo, nos proporcionan la oportunidad de ocupar el sitio que nos corresponde en la Europa de la defensa. Duplicar el presupuesto de defensa (del 1 al 2 %) va a suponer un revulsivo extraordinario que nos permitirá, en un plazo razonable, reconstituir nuestras capacidades actuales, recuperar aquellas que habíamos perdido y, por último, acometer los programas necesarios para estar a la altura de las necesidades de España y las OO. II. a las que pertenecemos en este nuevo orden mundial del siglo XXI.

Muchas gracias.

LA METAMORFOSIS DEL *IUS PUNIENDI*

Conferencia pronunciada por el Excmo. Sr. D. Jacobo Barja de Quiroga. Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia el 26 de octubre de 2022

I. Necesidad del cambio

Una de las características definitorias de la sociedad actual es su complejidad¹. Complejidad en las relaciones personales, sociales e institucionales, que derivan en una multiplicidad de estructuras, funciones y controles en cantidad ingente. Un sistema se hace más complejo en la medida que aumenta su capacidad de regulación de conductas, lo que se une a un aumento estructural. Esto da lugar a un incremento exponencial de funciones, con una gran diversificación y controles. La complejidad y la enorme cantidad de elementos a ponderar conducen a una necesaria selección. El sistema, ante tal cantidad de opciones, tiene que operar selectivamente. Pero este no es el

¹ Sobre el concepto de complejidad y sus facetas, véase Luhmann, N., (1998). *Complejidad y modernidad de la unidad a la diferencia*, ed. y trad. de Josetxo Berian y José María García Blanco, pp. 26 y ss.

«único precio a pagar», porque complejidad y selección conllevan inestabilidad o incertidumbre².

Además, una sociedad así estructurada maneja e interrelaciona, hoy día, miles de millones de datos, una cantidad ingente de información. Esto requiere una importante aplicación de recursos humanos y económicos a tales fines, lo que comporta burocracia³.

Además, una sociedad compleja con múltiples interrelaciones está en permanente evolución y eso significa que está en constante cambio. Esta es una característica de las sociedades complejas, la existencia constante de cambios. Lo que no significa que no exista estabilidad.

El cambio es necesario y, en ocasiones, se produce mediante una transferencia de la función, que asume otra institución social⁴. Justamente, ese cambio es necesario en relación con las organizaciones; y tal cambio se lleva a cabo mediante el derecho.

La complejidad de la sociedad y, por consiguiente, de la vida, requiere un aumento exponencial de normas, lo que genera la necesidad de una orientación en ese entramado normativo. Es, pues, preciso el derecho. El derecho organiza, pero también orienta.

No cabe duda de los cambios sociales habidos desde 1975 hasta la actualidad, y tales cambios y transferencias de funciones —en ocasiones— se han canalizado mediante el derecho.

El derecho también ha cambiado. Si una sociedad compleja no es, ni puede ser, estática, y necesita ser dinámica, el derecho debe estar con y para propiciar los cambios.

El derecho penal actual, explica críticamente Beck⁵, es un derecho elaborado para la sociedad industrial, pero no sirve —tal como está— para la sociedad digital del siglo XXI. Lleva razón: ya no estamos en la sociedad de la época industrial, sino en una sociedad regida por el riesgo⁶.

2 Luhmann, N., *Complejidad y ...*, cit., p. 29.

3 La palabra burocracia procede de Vicent de Gournay que la formuló, en 1745, con el termino francés *bureaucratie*; esto es, la unión de la palabra «oficina o mesa-escritorio» con «gobierno» (procedente del griego *cracia*). De ahí que se aplicara al gobierno de los oficinistas; es decir, en su época, al gobierno de los funcionarios del Estado absoluto. Poco a poco, la palabra ha derivado en diversas acepciones; una de ellas, es la de trámites o papeleos innecesarios.

4 Ogburn, W. y Nimkoff, M. (1968). *Sociología*, trad. José Bugeda, 7.ª ed., p. 744. Estos autores explican cómo se ha producido el trasiego de funciones entre las cuatro instituciones sociales mayores: «familia, Iglesia, industria y Gobierno».

5 Beck, U., (1988). *Gegengifte*.

6 Véase, para no extendernos, lo que decimos al respecto en Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho penal*, 2.ª ed., pp. 373 y ss.

El derecho penal está en constante evolución. Hoy día se pone en jaque la causalidad y, sobre todo, la imputación individual⁷.

El derecho procesal penal también se halla en evolución. La irrupción de los derechos fundamentales —hace ya algún tiempo se habla de derechos fundamentales de tercera generación y se difumina la diferencia de los derechos fundamentales frente al Estado y particulares—, ha renovado absolutamente toda la concepción del proceso. Y su presencia no es ni puntual ni parcial, sino que es permanente y por entero, es decir, transversal; y, desde luego, funcionan evolutivamente y de forma pantónoma.

La sociedad compleja va cambiando y las mutaciones son incesantes e imparables. De manera que, o se canalizan los cambios, o será la sociedad las que los realice. Pero la evolución no se detiene porque alguien quiera que la sociedad sea estática.

II. La Posición del Derecho Penal

1. Introducción

Los estudiosos de fines del siglo XIX y primer tercio del siglo XX se centraron en el examen del derecho penal como un instrumento que incidía sobre las clases más débiles y desfavorecidas, en las que el contexto social tenía una importancia esencial⁸. Durante esa época van perfilándose los elementos dogmáticos necesarios para actuar penalmente con menos arbitrariedad, así como se va defendiendo poco a poco la necesidad de garantías en el proceso penal, con base en ideas que tienen su origen en la Ilustración.

Pero la sociedad actual es muy distinta de aquella, porque es, efectivamente, con la denominación que le dio Beck, la «sociedad del riesgo»⁹, en la que existen innumerables nuevos riesgos que proceden de la necesidad colectiva de manejar nuevos y avanzados procedimientos técnicos para la obtención del *bienestar*.

Esta es una de sus características: necesita la utilización de medios peligrosos que la hacen vivir con o en el riesgo. Esto provoca que ni la criminalidad de los menos favorecidos ni su situación o contexto social en el que viven sean la preocupación de la sociedad actual, sino que su prioridad es, sin duda, la seguridad. El hacer frente a la marginación y a la exclusión, existentes y en expansión, ha sido aparcado

7 Al respecto, Beck, U. (1988). *Gegengifte, passim*.

8 Basta con recordar las diferentes concepciones sobre el libre albedrío y el determinismo, así como la búsqueda de una responsabilidad partiendo del determinismo. Véase, von Liszt, (1921). *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, ed. de E. Schmidt, vigésima tercera edición; von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, 1882; Barja de Quiroga, «Las raíces del Derecho penal actual: von Liszt», *Derecho y Proceso penal*, 56/2019, pp. 79 y ss.

9 Beck. (1986). *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main.

de la lista de prioridades, pues, la cuestión ya no es resolver ese problema sino la obtención de seguridad frente al peligro que tales masas sociales puede generar. Aquí tenemos apuntada otra característica: la deshumanización en la exigencia de seguridad.

Tal vez, para obtener un sentimiento de seguridad, se considera que, en todo caso, es preciso encontrar un culpable. Alguien tiene que ser responsable del hecho¹⁰, más específicamente, «siempre ha de haber un tercero responsable»¹¹. El efecto añadido es que, como indica Giddens¹², «las políticas cada vez se centran más en la “gestión” de la inseguridad». En esta gestión del riesgo, y centrándonos en la criminalidad, Giddens¹³ nos dice que los que elaboran las políticas, más que acudir a medidas que incidan sobre la causa de la criminalidad –como las desigualdades sociales, el desempleo y la pobreza–, acuden a utilizar medidas dirigidas a establecer protección frente a determinados grupos de población y al desplazamiento de la delincuencia hacia otros ámbitos.

2. Consecuencias

Muy diversas son las consecuencias que produce la sociedad de riesgos. La primera es la exigencia de seguridad; junto a ello la desideologización y la deshumanización alcanza niveles impresionantes. La conjunción de estos factores produce como resultado la exigencia social de seguridad mediante el derecho penal, cuya deshumanización y desideologización implican altas cotas de dureza, lo que unido, además, a la necesidad de encontrar un responsable, provoca un resultado poco alentador para el Estado de derecho donde adquiere primacía el efecto retributivo, derivada, en buena parte, en la actualidad de la influencia en los sistemas penales nacionales de derecho penal internacional, en el que por imposición de las teorías criminológicas anglosajonas, la pena tiene una finalidad exclusivamente retributiva y, a lo más, de prevención general¹⁴. Correlativamente el derecho procesal va perdiendo sus garantías en aras de una mayor represión que, según parece, la sociedad percibe como un mayor nivel de eficacia en la obtención de la seguridad.

10 Cfr. Silva Sánchez. (1999). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, p. 33.

11 Silva Sánchez. *La expansión...*, cit., p. 34.

12 Giddens. (2002). *Sociología*, trad. Cuéllar Menezo, Madrid, p. 288.

13 Giddens. *Sociología*, cit., p. 289.

14 Véase al respecto, Hart. (2019). *Castigo y responsabilidad. Ensayos de filosofía del Derecho*, trad. Barja de Quiroga / García-Comendador, *passim*; aunque, como es sabido, Hart no era retribucionista, en su libro expone los argumentos manejados por los partidarios de esta visión del sistema así como también los utilizados por los utilitaristas.

Aquí surge otra consecuencia: de la descriminalización se ha pasado a la criminalización; de pensarse que podía irse paulatinamente reduciendo el ámbito penal se ha acudido a lo contrario, esto es, a acercarse más y más al derecho penal para cualquier cosa, es decir, para intentar abarcar con él todo por completo.

Esta tensión permanente entre inseguridad y seguridad, con el condimento de la desideologización y deshumanización, se traslada al derecho penal:

- Empleando una nueva forma de tipificar las conductas penales.
- Ampliando el derecho penal, abarcando con la ley penal nuevas conductas o desarrollando más profundamente el existente.
- Reelaborando el sistema de imputación.
- En el ámbito procesal también inciden estos factores de diversas maneras:
- Minimizando los derechos fundamentales, dejándolos en su mínima expresión (por ejemplo, el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a que las pruebas ilegalmente obtenidas no sean eficaces o mediante la utilización de la mal denominada conexión de antijuridicidad, etc.).
- Excluyendo garantías.
- Ampliando las medidas cautelares, pues el centro de gravedad vuelve a no estar en el juicio oral y se ha trasladado a la instrucción, esto es, lo que ocurra durante el sumario parece más importante que la decisión (condena o absolución) última.
- Exigiendo menos requisitos para la adopción de medidas de intervención.
- Aceptando pruebas (oficiales) no ratificadas en el juicio oral.

Cuando estas medidas aparecen, incluso no todas, se habla de que estamos ante un «derecho penal del enemigo», que convive con el «derecho penal de ciudadanos».

También es preciso tener en cuenta otro factor: la política. Como dice Naucke¹⁵ desde mediados del siglo XIX cada vez hay más interdependencia entre el derecho penal y la política. El derecho penal es un «instrumento deliberado de control de la política interna». En función del partido en el poder, de los intereses, de los grupos de presión, así será el derecho penal. El derecho penal del medio ambiente o urbanístico son claros ejemplos. A lo que, sin duda, debe añadirse el derecho procesal penal.

15 Naucke. (2002). *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat. Eine Annäherung*, 2012, *passim*; y, Naucke. *Strafrecht. Eine Einführung*, pp. 61 y ss.

III. Nueva forma de tipificación de conductas

1. Leyes penales en blanco

En la sociedad de riesgo, la producción y control del mismo se lleva a cabo, inicialmente, mediante una «vigilancia administrativa» y el legislador ha de acudir a concebir los tipos penales como supuestos de superación de los límites máximos previstos en la legislación sectorial correspondiente. Surge, así, el llamado derecho penal administrativo, que tiene su base y límites en normas administrativas.

Aparecen, entonces, las leyes penales en blanco¹⁶ que, como decía Binding¹⁷, son aquellas en las que alguien distinto al legislador es quien se ocupa de «rellenar la parte en blanco».

En contra de las leyes penales en blanco se argumenta que estas afectan a los siguientes principios:

Principio de reserva de ley orgánica, pues, el ejecutivo a través de reglamentos puede determinar y modificar la conducta delictiva.

Principio de separación de poderes, por la invasión del ejecutivo.

Principio de taxatividad, al emplear conceptos amplios, ambiguos e indeterminados, tales como salud, deterioro catastrófico, etc.

Principio de competencia exclusiva del Estado en materia penal, tanto en relación con la normativa autonómica como con la comunitaria.

Además, ha de tenerse en cuenta que el reenvío puede ser estático o dinámico¹⁸.

No obstante, es preciso recordar que el Tribunal Constitucional¹⁹ ha declarado que no es contrario el reenvío al reglamento siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) que el reenvío sea expreso y esté justificado en razón al bien jurídico protegido.
- b) que el tipo penal contenga la pena y el núcleo esencial de la prohibición, así como que se satisfaga la exigencia de certeza. Es decir, que las materias reenviadas tengan carácter objetivo o complementario.

En otras palabras, es preciso que se deje al reglamento el papel de la determinación técnica. Incluso, como argumento en favor de la admisibilidad de

16 Sobre esta cuestión, véase, Bacigalupo, (1994). «Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco», AP, pp. 449 y ss.; Schönemann, «Las reglas de la técnica en derecho penal», trad. Cancio Meliá, ADPCP, III/1994, pp. 307 y ss.

17 Binding. (1965). *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 4.ª ed. reimpresión, p. 161.

18 Al respecto, Tiedemann. (2004). *Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 55 y ss. y esp. p. 60.

19 STC, 5-7-90, 28-2-94 y 16-9-92, entre otras.

la técnica de las leyes penales en blanco, debe repararse en que puede existir, una mayor certidumbre en una norma penal en blanco, que en ciertos elementos normativos existentes en los tipos penales elaborados mediante la técnica de tipificación clásica (por ejemplo, determinar en qué consiste la «exhibición obscena» a que se refiere el art. 185 del Código Penal).

2. Los delitos de peligro abstracto

La línea actual y de futuro son los tipos de peligro abstracto, mientras que los tipos de lesión decrecen. El punto de vista liberal que defendió el sistema del bien jurídico individual²⁰ ha sido superado por una visión más colectiva, más solidaria. La sociedad se preocupa del futuro (o, al menos, «simbólicamente» parece que se preocupa): está muy interesada e intranquila con relación a cuestiones como el medio ambiente, la capa de ozono, los recursos naturales, la contaminación; en fin, piensa y repara en la importancia del legado al futuro. Igualmente, se preocupa por la acaparación del mercado en pocas manos, por las grandes y complejas sociedades, por las redes informáticas y, como contrapunto, por la defensa de la intimidad.

Para justificar los delitos de peligro abstracto se argumenta:

- a) que reducen la arbitrariedad judicial en orden a determinar si ha existido una situación de riesgo.
- b) que facilitan la labor del juzgador en la aplicación de la norma.
- c) que se elimina el azar, pues no es preciso que se haya puesto en peligro un determinado objeto de lesión.
- d) que facilitan los problemas de imputación objetiva.

Incluso desde la óptica de la protección de bienes jurídicos, también pueden defenderse los delitos de peligro abstracto, pues, como señala Kindhäuser²¹, el daño que una persona puede sufrir no solo reside en el menoscabo sustancial de un bien sino también en la privación de la posibilidad de disponer de forma segura del mismo. El peligro abstracto surge «cuando se ven afectadas condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes». Así pues, para este autor debe considerarse el peligro abstracto como una «perturbación de las condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura sobre los bienes», de manera que la «lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es

20 Para la crítica a la teoría del bien jurídico, véase, Jakobs. *Derecho...*, cit., pp. 47 y ss. y 55 y ss.

21 Kindhäuser. (1995). «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico», trad. Molina, *Hacia un derecho penal económico europeo* (jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann), Madrid, pp. 441 y ss., esp. 448-452.

racionalmente aprovechable en su totalidad». Kindhäuser²² para clarificar este punto recurre a un sencillo ejemplo que toma de Jakobs: es abstractamente peligroso tirar el instrumental quirúrgico al suelo. Un cirujano no puede utilizar instrumental que no sea con seguridad estéril en una operación que se ajuste a la *lex artis*; en esta medida, y exclusivamente en relación con su utilización (correcta o incorrecta), la efectiva no esterilidad del instrumental carece de importancia para la concreta operación. En otras palabras, la creación de peligros abstractos menoscaba la seguridad en la utilización y disposición de los bienes e implica una injerencia en la «esfera de libertad ajena».

Ahora bien, es preciso examinar con gran atención los delitos de peligro abstracto pues, como señala Arthur Kaufmann²³ en ellos solo hay «probabilidad de la probabilidad», «posibilidad de la posibilidad», «peligro del peligro» de lesión del bien jurídico; y, sobre tales tautologías no cabe fundamentar un derecho penal.

3. Determinación del bien jurídico

En el momento actual existen varias tendencias claramente diferenciables: las tendencias marcadamente individualistas y las llamémoslas colectivistas.

3.1. Individualistas

Los puntos de vista *individualistas* defienden la protección de los bienes jurídicos desde la óptica de la lesión del individuo como titular de los mismos. Es claro que esta forma de ver la cuestión implica un derecho penal clásico en el que los tipos de lesión son la base y centro nuclear del sistema. Los bienes jurídicos colectivos pueden ser aceptados, pero solo y en la medida en que se afecten intereses individuales. Se trata de la teoría personal del bien jurídico. Se acepta como eje primordial la vida y el patrimonio y a su alrededor debe construirse el derecho penal. Así pues, este derecho penal debe determinar claramente el bien jurídico individualizado, la relación de causalidad, el resultado, etc. No debe olvidarse, por ejemplo, que el resultado ha sido tradicionalmente considerado como una victoria liberal que implicaba una importante garantía. En efecto, desde una óptica clásica si se trata de proteger bienes jurídicos individuales, el resultado aparece como una pieza esencial. La evolución relativizará el derecho penal del resultado y su trascendencia a la hora de determinar la ilicitud. Correlativamente, la importancia del resultado repercute en la inadmisión de los delitos de peligro.

22 Kindhäuser. «Acerca...», cit., p. 449, n.º 21.

23 Kaufmann, A. (1985). *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts: zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre*; Kaufmann, A. (1976). *Das Schuldprinzip*.

Claramente, Herzog²⁴ considera que debe exigirse que el derecho penal del peligro no transgreda los límites de una imputación individual precisa y que la responsabilidad penal no se fundamente en meras *disfunciones* de autores respecto del funcionamiento global del sistema.

Resumiendo, las discrepancias que mantienen con la otra dirección, Herzog²⁵ las compendia en los siguientes postulados, cuya lectura pone de manifiesto los puntos polémicos:

- Ningún delito de peligro sin la probabilidad de una lesión del bien jurídico.
- Ninguna renuncia de sujeción del derecho penal del riesgo al injusto de resultado.
- Ninguna subjetivación de la responsabilidad penal por el peligro a través de la idea de lesión del deber.
- Ninguna equiparación y, sobre todo, ninguna renuncia de la atribución precisa e individual en interés del sistema y de la dirección de comportamiento.

3.2. *Colectivistas*

Las tendencias *colectivistas*, por el contrario, buscan la protección de bienes jurídicos colectivos, esto es, supraindividuales. Adoptarán una óptica más amplia y tratarán de dar respuesta a los problemas que la sociedad plantea mediante la elaboración de conceptualizaciones diferentes, en las que el peligro es el eje principal, y, con ello, la consecuencia es que se adelantan las barreras de protección penal. La idea básica es ajustar el derecho penal a las necesidades sociales desde una óptica comunicativa, elaborar un concepto de culpabilidad que pueda abarcar tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, superar, abandonando la teoría del bien jurídico y elaborar postulados normativistas que tengan en cuenta la funcionalidad del sistema²⁶. En la actual «sociedad de riesgo» las relaciones no se plantean, o no solo se plantean, en el plano de interacción individual, sino que lo básico y nuclear son las relaciones contextualizadas en el ámbito colectivo.

Esta segunda dirección, a juicio de sus defensores, permite que el derecho penal posea una mayor fuerza social, pues, se encuentra allí donde la nueva sociedad lo exige y con la flexibilidad suficiente para adaptarse y ser eficaz. Implica el derecho penal del futuro que, al tiempo, es expresión de la superación

24 Herzog. «Límites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)», trad. Larrauri y Pérez Álvarez, p. 326.

25 Herzog. *Loc. cit.*

26 Véase, Jakobs. (1976). *Schuld und Prävention*; Jakobs. (1993). *Das Schuldprinzip*; Jakobs (1996). *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*; Jakobs. *Derecho penal...*, cit., pp. 44 y ss.

del sistema retributivo de la pena²⁷. Es el derecho de la sociedad actual, no del pasado, por lo que los instrumentos a utilizar han de ser y son diferentes.

Pensemos en algo, hoy día muy común: *la responsabilidad por el producto*²⁸. Cuando las relaciones sociales son sencillas puede aplicarse un derecho penal clásico con su tríptico: acción, relación de causalidad y resultado. Por el contrario, cuando las relaciones sociales son altamente complejas, cuando la masificación ha conducido a la fabricación en masa, con intervención de múltiples personas, y a la venta también de forma masificada, aquel tríptico ya no es capaz de responder. La sociedad de masas crea ampliamente el riesgo y demanda un derecho penal que pueda resolver los problemas que ella genera. La solución se encuentra en actividades intervenidas o reguladas, en una amplia red de normativas administrativas con exigencia de permisos y controles, en olvidarse del resultado y acudir claramente al peligro. La generación de riesgos es admisible hasta el límite permitido, y, a partir de ahí, la superación de dicha frontera hace entrar al derecho penal; en este, no es necesaria la producción de un resultado concreto ni el examen de una difícil relación causal, basta con la creación del peligro.

Esto conduce, en el ámbito penal, a resolver la cuestión acudiendo a una «responsabilidad penal referida a la organización», teniendo en cuenta el «rol» que la persona desempeña en la organización y los deberes que viene obligada a observar. Por consiguiente, el problema es el desplazamiento del centro de gravedad del sistema: ya no es la lesión del bien jurídico.

Paralelamente, en el ámbito del dolo, de definirse tradicionalmente como conocimiento y voluntad, en las formulaciones actuales se concreta en el conocimiento del peligro concreto generado con la acción, es decir, se ha producido el abandono del elemento volitivo²⁹. Así pues, el dolo es actuar conociendo el peligro generado con su acción para la realización del tipo objetivo.

27 No obstante, esta consecuencia no tiene que producirse necesariamente, pues, por ejemplo, Lesch («Zur Einführung in das Strafrecht: Über der Sinn und Zweck staatlichen Strafens», JA, 1994, p. 596) mantiene una concepción retributiva de la pena (la que denomina «teoría retributiva funcional») y no se aparta sustancialmente de las consecuencias que extrae Jakobs. Evidentemente no entramos aquí en si la teoría de la pena es un *a priori* o una consecuencia.

28 Evidentemente, también en este extremo se manifiestan las dos tendencias antes indicadas. Véase, Kuhlen. (1989). *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*. Heidelberg; Hassemmer/Muñoz Conde. (1995). *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia. Asimismo, en términos generales, véase el magnífico libro bajo la dirección de Mir Puig y Luzón Peña. (1996). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona, con trabajos de Bajo Fernández, Gracia Martín, Jakobs, Frisch, Bottke, Schumann, Puppe, Kuhlen, Corcoy Bidasolo, Rodríguez Montañés y Paredes Castañón. En especial, teniendo en cuenta lo que se indica en el texto, véase, Puppe. (1996). «Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto», trad. Sergi Cardenal. *Responsabilidad penal de las empresas...*, cit., pp. 215 y ss.; Kuhlen. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto, trad. Carolina Bolea, *Responsabilidad penal de las empresas...*, cit., pp. 231 y ss.

29 En este sentido, Jakobs, (*Derecho...*, cit., p. 315) afirma que «la fórmula usual que concibe el dolo como conocimiento y voluntad de realización del tipo se revela desde el principio inadecuada» y, por ello, concluye que

4. Adelantamiento de la punibilidad

De una tipificación de delitos de resultado, en los que se estudiaba el comienzo de ejecución, pues, la línea entre lo punible y lo admisible se encontraba en el inicio de la tentativa, se ha pasado a un adelantamiento de la punibilidad³⁰. Y, todo ello, además, sin una reducción proporcional de la pena.

Como ejemplos citaremos varios tipos penales:

El art. 248.2.b) del Código Penal, que castiga la mera tenencia de un programa de ordenador que esté «específicamente» destinado a la comisión de una estafa, con una pena que es la misma que la del delito de estafa.

El art. 270.6 del Código Penal, que castiga a quien investigue y llegue a elaborar cualquier medio que específicamente suprima o neutralice un dispositivo técnico de protección de un programa de ordenador.

El art. 301 del Código Penal, que castiga el autoblanqueo, que no sería otra cosa que un acto copenado, y, por consiguiente, ya se castiga en el delito *principal*³¹.

El art. 400 del Código Penal, que castiga actos preparatorios (antes impunes) y los transforma en delito con la misma pena que el delito de falsificación (de moneda, documentos —públicos o privados— y certificados).

IV. Ampliación del derecho penal a nuevas conductas

La idea de la obtención de seguridad es manejada y manipulada de forma poliédrica. Existen múltiples facetas, aunque siempre, o casi siempre, la orientación y la meta es la misma, una mayor dureza en la pena y una mayor extensión en los tipos penales. Esta línea de actuación conduce al derecho penal simbólico y al derecho penal del enemigo.

1. El derecho penal simbólico

Hassemer nos alerta ante la posibilidad de que el moderno derecho penal se transforme en un derecho penal simbólico³². Con esta denominación pueden

«dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias» (*Derecho...*, cit., p. 316). En esta línea, también Bacigalupo, (1994). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires, pp. 81 y ss.; Frisch. (1983). *Vorsatz und Risiko*. Köln, Berlín, Bonn, München, *passim*; Schmidhäuser. (1975). *Strafrecht, AT*. Tübingen, 10/28; Kindhäuser. «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96, pp. 1 y ss. y 21 y ss.

30 Véase al respecto, Jakobs. (1997). «Kriminalisierung...», cit., pp. 751 y ss., hay traducción de Peñaranda Ramos: Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de derecho penal*. Madrid, pp. 293 y ss.

31 Al respecto, véase Barja de Quiroga. (2018). *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., pp. 1239 y ss.

32 Hassemer. (1989). «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *NStZ*, pp. 553 y ss. (traducción española: «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», trad. Larrauri, *Rev. Pena y Estado*, n.º 1/1991, pp. 23 y ss.); Hassemer / Meinberg. (1989). «Umweltschutz durch Strafrecht?», *Neue Kriminalpolitik*, fasc. 1, p. 46; Voß,

pretenderse diversos contenidos, pero, en todo caso, siempre aparece la idea de engaño, esto es, de que el derecho penal sea un medio engañoso frente a la sociedad. Ante la imposibilidad de cumplir los fines de prevención general o especial, se le atribuye una función meramente simbólica de tranquilizar a la sociedad moderna.

Así pues, esta teoría parte de que el derecho penal es incapaz de solucionar los modernos conflictos sociales y, por ello, únicamente cumple una función simbólica, que consiste en tranquilizar a la sociedad otorgándole seguridad en sí misma, ¿por medio de la retribución?

Señala Hassemer³³, como formas simbólicas del derecho, las siguientes:

Leyes de declaración de valores: por ejemplo, el aborto, que se encuentra, por un lado, entre la exigencia moral de la mujer a su determinación y descendencia y, por otro lado, ante la confirmación de la prohibición de matar.

Leyes con carácter de apelación moral: por ejemplo, el derecho penal del medio ambiente con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan cargos relevantes.

Respuestas sustitutorias del legislador: se trata de leyes que sirven de coartada, leyes que se dictan en periodos de crisis. Ejemplo: las leyes antiterroristas dictadas con el objeto de, al menos, tranquilizar el miedo y las protestas públicas.

Leyes de compromiso: por ejemplo, la incorporación de cláusulas penales generales, que, si bien son poco decisorias, siempre tienen un núcleo central para satisfacer la *necesidad de actuar*.

2. El derecho penal del enemigo

Jakobs³⁴ observa que la sociedad actual es o debe regirse por un derecho penal de ciudadanos, pero, desagradablemente, la tendencia es caminar hacia un

Symbolische Gesetzgebung, 1989; Hassemer / Muñoz Conde. *La responsabilidad...*, cit., pp. 32 y 54; Hassemer. *Perspectivas...*, cit., p. 38; Hassemer. *Crisis...*, cit., pp. 635 y ss. esp. p. 642; Hassemer. «Rasgos y crisis del derecho penal moderno». Trad. Larrauri, *ADPCP*, I/1992, pp. 235 y ss. y Hassemer. (1993). «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana». Trad. Hormazábal, *ADPCP*, I/ pp. 35 y ss.; Terradillos Basoco. (1991). «Función simbólica y objeto de protección del derecho penal». *Rev. Pena y Estado*, n.º 1/1991, pp. 9 y ss.; Baratta. (1991). «Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica». Trad. Martínez Sánchez. *Rev. Pena y Estado*, n.º 1/1991, pp. 37 y ss.; Melossi. (1991). «Ideología y derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?». Trad. Cid. *Rev. Pena y Estado*, n.º 1/1991, pp. 57 y ss.; Edwards. (1991). «La función simbólica del derecho penal: violencia doméstica». Trad. Larrauri. *Rev. Pena y Estado*, n.º 1/1991, pp. 83 y ss.; Berdugo Gómez de la Torre. (1991). «Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española». *Rev. Pena y Estado*, n.º 1/1991, pp. 91 y ss.; Bustos Ramírez. (1991). «Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente». *Rev. Pena y Estado*, n.º 1/1991, pp. 101 y ss.; Paul. (1991). «Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico». *Rev. Pena y Estado*, n.º 1/1991, pp. 111 y ss.

33 Hassemer. *Derecho penal simbólico...*, cit., p. 26.

34 Jakobs, introductor del término (sin perjuicio de antecedentes en Hobbes o en Kant), se ha ocupado del derecho penal del enemigo en «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, 97 (1985), pp. 751 y ss.;

derecho penal del enemigo. En el primer caso, el derecho penal constituye una reacción social ante el hecho realizado por uno de sus miembros, mientras que, en el segundo caso, es una reacción contra un enemigo³⁵.

Las características más importantes de este derecho penal del enemigo son, conforme las expone Jakobs³⁶, las siguientes: 1. «amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir»; esto es, el derecho penal de reacción frente al hecho se convierte en derecho penal preventivo. 2. «falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento». 3. «paso de la legislación del derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, y, en concreto, la delincuencia económica (...), el terrorismo (...), pero también –con alguna pérdida de contornos– los delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas (...)». 4. «supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente un ejemplo clásico».

Cuando concurren estas características, entonces, como señala Jakobs³⁷, «con este lenguaje (...) el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos».

La tarea de la ciencia penal es, por consiguiente, como señala Jakobs³⁸, «identificar las reglas del derecho penal de enemigos y separarlas de las del derecho penal de ciudadanos para, dentro de este último, poder insistir aún con mayor firmeza en el tratamiento del delincuente como persona jurídica».

V. Reelaboración del sistema de imputación

1. Introducción

La sociedad del siglo XIX y casi enteramente la del siglo XX ha mantenido un sistema de imputación basado en el esquema: acción → relación de causalidad → resultado; pero, este esquema es difícil de mantener en el sistema social del siglo XXI con una sociedad tremendamente compleja, con múltiples interacciones, muchas de ellas muy dispares, e incluso, distantes entre sí. La determinación de una causalidad en el sentido puro de la época positivista es en variadas ocasiones

Jakobs. (2000). «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente». Trad. Manso Porto. (1999). *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*. Madrid, pp. 119 y ss.; Jakobs. (2003). En Jakobs/Cancio Meliá. *Derecho penal de enemigo*. Madrid, pp. 19 y ss.; véase también Pawlik. (2010). «El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno». Trad. Bacigalupo en la colaboración de Barja de Quiroga, en Pawlik. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, pp. 137 y ss.

35 Jakobs. La ciencia..., cit., p. 138.

36 Jakobs. La ciencia..., cit., pp. 138-139.

37 Jakobs. La ciencia..., cit., p. 139.

38 Jakobs. La ciencia..., cit., p. 141.

difícil de conseguir y de probar. Pero, la seguridad y la tranquilidad social requieren un responsable, que debido a los factores antes indicados (sentido de inadecuación de otras vías diferentes y deshumanización), será responsable criminalmente, esto es, ante la norma penal. Precisamente, por ello, proliferan los tipos de peligro, pues en ellos no hay que probar relación de causalidad alguna; son tipos de fácil manejo, maleables y por ello fácilmente adaptables a la búsqueda de un responsable.

Pero, junto a ello, además, se perfilan los instrumentos que se utilizan en la imputación, como es el riesgo permitido, el principio de confianza, la autopuesta en peligro o la delegación de la posición de garante.

2. El riesgo permitido

Dentro de la teoría de la imputación una de las cuestiones claves es la relativa a la doctrina del riesgo permitido, que excluye la imputación al tipo objetivo, a pesar de que la acción realizada suponga la creación de un riesgo jurídicamente relevante.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva, una vez constatada la causalidad natural, exige, en un primer nivel, que la acción cree un peligro jurídicamente desaprobado y, en un segundo nivel, que el resultado sea la concreción de dicho peligro. Precisamente en ese primer nivel operan los criterios relativos al riesgo permitido, el principio de confianza, la autopuesta en peligro, la prohibición de regreso y la posición de garante.

Como dijimos, esto significa que el riesgo permitido excluye la imputación al tipo objetivo. La fundamentación se encuentra en la propia estructura social, pues, los riesgos que la sociedad considera necesarios para su propio desarrollo y acepta, no puede al mismo tiempo considerarlos típicos penalmente.

Determinar cuál sea el límite entre el riesgo permitido y, correlativamente, el riesgo prohibido no siempre es sencillo. En muchas ocasiones se encuentra reglamentariamente determinado cómo debe actuarse en el ámbito de ciertas «actividades de riesgo socialmente toleradas» (tráfico vial, prevención de riesgos laborales, industrias peligrosas, construcción³⁹, etc.). En otras ocasiones, no se encuentra especialmente reglamentado y ha de acudir a criterios generales de práctica profesional, como ocurre con la denominada *lex artis*. En otros supuestos, incluso, es preciso tomar en consideración normas o costumbres consuetudinarias que explican cómo se practican correctamente ciertos oficios. En todos estos casos en que no existe reglamentación específica la determinación del riesgo permitido implica la realización de un juicio de ponderación de bienes.

39 Al respecto, Barja de Quiroga. (2000). *La responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción, passim*; Gimbernat Ordeig. (3-12-2003). «Accidentes laborales y derecho penal». *El Mundo*.

El examen del riesgo permitido debe hacerse: a) *ex ante*, es decir, analizando la cuestión en el momento en el que el autor realiza la acción arriesgada; b) de forma objetiva, esto es, considerando lo que hubiera hecho un tercero actuando con una diligencia de carácter medio.

3. El principio de confianza

El principio de confianza también opera excluyendo la imputación objetiva, en aquellos casos en los que el sujeto ha obrado bajo la confianza de que los demás también obrarán dentro de los límites del riesgo permitido. Este principio despliega su eficacia cuando las actividades de varias personas se entrecruzan. Por ejemplo, el cirujano puede confiar en que quien se encarga de la esterilización del material lo ha hecho correctamente. Así pues, este principio significa, como señala Jakobs⁴⁰ que, a pesar de que por la experiencia se sabe que las personas cometen errores, sin embargo, se autoriza a confiar en que su comportamiento será correcto. Es decir, se permite confiar en la actuación de los demás. Ahora bien, esto ocurre siempre que no existan razones para desconfiar, lo que significa que no desplegará su eficacia cuando la confianza es injustificada.

En aquellas actividades en las que intervienen múltiples personas, es comúnmente aceptado que la funcionalidad del sistema requiere que se aplique un método de división de trabajo y que dentro de esta división funcione el principio de confianza, conforme al cual, como dijimos, debe negarse la imputación de un resultado a una persona cuando la misma, al actuar, ha considerado que los demás van a comportarse de acuerdo con la norma.

El principio de la división del trabajo se fundamenta en la imposibilidad de que una sola persona realice todo el trabajo por sí misma y que, además, esté cualificada y sea capaz de llevar a cabo todas y cada de las tareas necesarias para obtener el resultado final. La distribución del trabajo implica que cada persona actuará en la forma que se le asigne. Al tiempo, y de forma paralela, ha de aceptarse que las personas pueden confiar en que las demás se comportarán de una determinada forma.

La cuestión que inmediatamente surge es la concreción de los casos en los que no era razonable confiar, pero, de lo que no hay duda, es que, admitido que era adecuado confiar, no se puede reprochar el haber confiado.

4. La autopuesta en peligro

40 Jakobs. *Derecho penal...*, cit., p. 253.

Otra de las cuestiones que es preciso examinar, a la hora de determinar la imputación, es la incidencia que haya podido tener la conducta de la víctima⁴¹. Que sea tenida en consideración la conducta de la víctima para la explicación del suceso y para valorar el hecho realizado por el acusado no ha sido tarea fácil en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La regla general fue durante muchos años la negativa a considerar la conducta de la víctima, hasta hace realmente pocos años en los que comenzó a tenerse escasamente en cuenta en el plano de la relación de causalidad, en cuyo ámbito se enmarcó la teoría de la concurrencia de culpas (siempre en el marco del delito imprudente) que todavía en la actualidad es manejada en ocasiones en algunas sentencias del Tribunal Supremo.

En la actualidad, se ha iniciado una importante línea jurisprudencial que toma en cuenta la conducta de la víctima y la examina en el plano de la imputación objetiva, es decir, se abandona el plano causal y se introduce en el ámbito normativo.

Así pues, hoy día, con fundamento en la teoría de la imputación objetiva, el Tribunal Supremo considera que no hay duda alguna respecto a que la conducta de la víctima debe ser objeto de atención a la hora de imputar el resultado.

Desde el punto de vista de la doctrina, se considera preciso partir de diferenciar entre los casos de autopuesta en peligro (es decir, ponerse uno mismo en peligro) y los de puesta en peligro de un tercero aceptada por este (esto es, aceptar que un tercero nos ponga en peligro), conforme a la conocida diferenciación establecida por Roxin⁴². Este autor ejemplifica que no es lo mismo concertar con otra persona una alocada carrera de motos, que aceptar ir sentado, en el asiento trasero de una moto, manejada por un conductor increíblemente temerario.

Ahora bien, aunque se deba partir de la indicada diferenciación, sin embargo, en ocasiones puede darse la equivalencia. En efecto, indica Roxin⁴³ que «se debe negar la responsabilidad por imprudencia cuando la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste equivalga bajo todos los aspectos relevantes a una autopuesta en peligro». Y, como criterios para establecer esta equivalencia Roxin⁴⁴ señala los casos en los que «la persona puesta en peligro se da cuenta del riesgo en la misma medida que quien crea el peligro, si el daño es consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales y si la persona puesta en

41 Véase Cancio Meliá. (1999). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho pena*. Barcelona, 1998, *passim*; y sobre el tema del consentimiento, Barja de Quiroga. *El consentimiento en el derecho penal*. Madrid, *passim*; Barja de Quiroga. (2018). *Tratado de derecho penal*, 2.ª ed. pp. 583 y ss.

42 Roxin. (1976). «Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes», *Problemas básicos del derecho penal*, (trad. Luzón Peña). Madrid, pp. 181 y ss.

43 Roxin. Sobre el fin..., cit., p. 192.

44 Roxin. Sobre el fin..., cit., p. 193.

peligro carga con la misma responsabilidad por la actuación común que la persona que crea el peligro».

Se trata, por tanto, de distinguir entre la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro⁴⁵, siendo uno de los criterios más utilizados para esta distinción el del «actuar en último lugar»⁴⁶, conforme al cual «sólo hay heterolesión si la competencia del autor se genera *después* de la de la víctima»⁴⁷, de manera que siempre habrá autolesión «cuando no hay nadie que adquiera competencia respecto de la lesión de la víctima más tarde que esta, esto es, no se priva a la víctima de la decisión acerca de la realización del hecho»⁴⁸. Si la actuación del que se lesiona y de la otra persona es simultánea, también habría autolesión⁴⁹.

En definitiva, como señala Bacigalupo⁵⁰, «en los casos de autopuesta en peligro y, por consiguiente, de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible, aunque no se den las condiciones del consentimiento y, en ese sentido, la cuestión tiene un ámbito mucho mayor que el que le proporciona la compensación de culpas».

Ahora bien, en ocasiones, en el ámbito de actividades arriesgadas es la propia ley la que establece especiales obligaciones de protección en relación con ciertas personas, con lo que es preciso combinar esas especiales obligaciones con el principio de autorresponsabilidad cuando se trata de autopuestas en peligro (e, incluso, a veces, de heteropuestas en peligro consentidas). Uno de estos ámbitos es, sin duda, el de la construcción en el que el legislador establece una serie de normas dirigidas a obtener la protección de los trabajadores y a «determinar» las personas que tienen una «posición de garante» en orden a dicha protección. Este deber de protección tiene como límite mínimo el cumplimiento de la normativa de seguridad, incluso frente a la voluntad del operario, por lo que debemos preguntarnos cuál es el espacio de juego reservado a la autorresponsabilidad.

A nuestro juicio, es posible y necesario que ambas reglas coexistan: es precisa la posición de garante (cuestión distinta es que legalmente esté correctamente configurado el tema), pero también ha de reconocerse un espacio a la autorresponsabilidad. En este sentido, Jakobs⁵¹ señala que los deberes ante el que se lesiona «concluyen cuando el que interviene, conociendo la situación de peligro, y sin ser inferior al primariamente obligado en sus capacidades para apreciar las consecuencias, introduce en su ámbito de organización el curso

45 Véase, Jakobs. (1997). «La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte», (trad. M. Cancio). *Estudios de derecho penal*. Madrid, pp. 395 y ss.

46 Véase, Jakobs. La organización..., cit., pp. 397 y ss.

47 Jakobs. «La organización...», cit., p. 403.

48 Jakobs. «La organización...», cit., p. 412.

49 Jakobs. «La organización...», cit., p. 403.

50 Bacigalupo. (1998). *Principios de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., cit., p. 218.

51 Jakobs. *Derecho penal...*, cit., p. 992.

causal dañoso. La continuación de la obligación primaria conduciría en estos casos a un deber de tutela que ya no resultaría compatible con el principio de la propia responsabilidad». Al respecto conviene distinguir entre medidas de seguridad colectivas y medidas de seguridad individuales, así como examinar las razones de la ausencia de las medidas de que se trate. En otras palabras, si el operario con pleno conocimiento de la situación decide optar por prescindir de las medidas de seguridad y actuar poniéndose en situación de peligro, es difícil fundamentar la exclusión de los efectos de la autorresponsabilidad, esto es, la ausencia de imputación objetiva respecto a la conducta de terceras personas, siempre que las medidas de protección estén a su alcance y la vigilancia sobre su utilización por parte del garante haya sido razonable.

5. La delegación de la posición de garante

Señala acertadamente la STS, 2.^a, de 26 de marzo de 1994 que «no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar».

Así pues, es posible la delegación de la posición de garante, pero, para que sea efectiva es preciso que se cumplan dos condiciones:

- a) que el delegado tenga la capacidad suficiente para cumplir con la función.
- b) que el delegado tenga los medios necesarios para cumplir con la función.

Por esta razón, la sentencia del Tribunal Supremo antes indicada, añade que «la posición de garante de los inculpados se fundaba en su aceptación de las funciones que desempeñaban y que, consecuentemente, terminaba —como se dijo— en el momento en el que trasladaron de forma jurídicamente inobjetable las funciones que, por razones técnicas, no podían cumplir en forma personal a quienes a su vez las aceptaron y tenían suficiente capacidad técnica para llevarlas a cabo».

Como indica Jakobs⁵² en los casos de delegación es preciso distinguir entre aquellos supuestos en los que ha de responderse únicamente de la cualificación del delegado, en cuyo caso el primeramente obligado queda exonerado si eligió a persona cualificada, aunque esta falle posteriormente; en estos casos no se ha de responder de la eliminación del peligro. Y, por otra parte, nos encontramos

52 Jakobs. *Derecho penal...*, cit., p. 991.

con aquellos supuestos en los que se ha de responder de la existencia del bien o de la eliminación de un peligro, en cuyo caso el obligado primario solo quedará exonerado si el delegado realiza reglamentariamente la labor. Incluso, es posible en ocasiones con riesgos importantes que el delegante venga obligado, a pesar de la delegación, a controlar la ejecución que lleva a cabo el delegado. Por ello indica Bacigalupo⁵³ que la delegación no extingue totalmente la posición de garante, sino que la transforma. «El garante primario seguirá siendo en todo caso, un garante mediato, cuyo deber de vigilancia consiste en la observación del cumplimiento del sustituto».

Ahora bien, estos deberes de vigilancia que pueden quedar en el obligado primario no deben ser entendidos en modo tal que en realidad se haga inoperante la delegación. Si se acepta la posibilidad de delegación, ha de reconocerse que el delegado pasa a ser el garante y que el obligado primariamente (delegante) ha de quedar exonerado, salvo, en términos generales, esos deberes residuales de vigilancia sobre el delegado; todo ello, sin perjuicio de aceptar una delegación más restringida en casos de riesgos graves, de importancia, en los que puede imponerse al delegante funciones más estrictas de vigilancia y control.

Pero, lo que no parece correcto es admitir la delegación y en el caso de que suceda el daño hacer responsable al delegado y al delegante. Tal forma de proceder implica una radical negación de la delegación y esto puede resultar incompatible con la realidad. Aceptada la delegación, el delegante solo puede resultar responsable si incumplió ese deber residual y genérico de vigilancia sobre el delegado; deber que en modo alguno puede aceptarse como control permanente y constante, pues, en tal caso, la delegación resultaría absolutamente ilusoria y vacua.

A nuestro modo de entender, no resulta correcto ante una delegación realizada en condiciones de eficacia, esto es, en persona cualificada y con los medios precisos para cumplir su función, no exonerar al delegante y hacerle responsable de los actos u omisiones que realice el delegado, cuando el delegante, además ha cumplido con su deber genérico de vigilancia, ha impartido las órdenes precisas y ha comprobado su cumplimiento.

VI. Problemas con el sistema de imputación

Hemos dicho que era preciso, una reelaboración del sistema de imputación, pues la sociedad actual con los niveles tan altos de riesgos genera paradójicamente lo contrario de lo que pretende evitar, eso es, provoca una importante tasa de inseguridad, unas dificultades inmensas en la imputación, con una absoluta falta de respuesta penal y, en definitiva, una deslegitimación del sistema penal.

53 Bacigalupo. «La posición...», cit., p. 76.

Una de las personas más críticas con el sistema penal actual es Beck, que después de advertirnos sobre la sociedad del riesgo, nos indica de forma grave y severa que es necesario introducir cambios en el sistema de imputación penal y en relación con la carga de la prueba si de verdad queremos llegar a hacer realidad la seguridad, pues el sistema actual con expresión muy gráfica, es, a su juicio, el de la «irresponsabilidad organizada».

En efecto, Beck se muestra muy crítico con el sistema de imputación penal que existe en la sociedad actual. Considera que «el ejecutivo también tiene que sobresaltarse con los reportajes periodísticos para preguntarse al menos qué sociedad está en la probeta del laboratorio del ingeniero genético». Pero, a pesar de todo, encuentra que el sistema es imposible, que solo hay «cargas de la prueba extremas y absolutamente unilaterales, impuestas a quienes plantean inquietudes»⁵⁴. Por eso se pregunta «¿cómo es posible que esta confusión de siglos suceda y pase (casi) desapercibida?»⁵⁵. A su juicio, la cuestión estriba en que todavía vivimos en la era industrial; «el pasado creyó erróneamente en su perpetuación, mientras que los del presente hemos escalado el Olimpo del desarrollo»⁵⁶.

Para clarificar su postura nos dice que «si la armadura del techo se incendia, vendrán los bomberos, la compañía de seguros pagará, se proporcionará la atención médica necesaria, etc.». Pero este sistema ha sido superado «por los principales peligros (nucleares, químicos, ecológicos, genéticos). Los accidentes ya no son accidentes, sino a menudo son daños y destrucciones irreversibles que tienen un comienzo fijo, pero no un final previsible»⁵⁷.

La sociedad cree que ha puesto los medios precisos para solventar los problemas que genera el riesgo e intenta convencer a los ciudadanos y crear en ellos una «conciencia de seguridad utilizando para ello todos los medios de la autoridad estatal»⁵⁸. Pero lo cierto es que las catástrofes «hacen visible el error del siglo, en el que la industria y la política han basado su promesa de seguridad». Aunque parezca que nada está sucediendo, lo cierto, afirma, es que están sucediendo muchas cosas, pues existen importantes y variados «peligros que dependen de decisiones y, por consiguiente, son responsables socialmente, que apuntan a la vida de todos y están en abierta contradicción con las promesas institucionalizadas de bienestar y seguridad»⁵⁹.

54 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p.12.

55 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p.12.

56 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p.12.

57 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p.10.

58 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p.10.

59 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p.10.

Con agudeza, dice Beck⁶⁰ que el «“autor individual” es una especie que se ha extinguido en el tráfico internacional legalizado de contaminantes y toxinas». Por ello, hoy día, «la exigencia de hacer responsable a un individuo equivale a intentar sacar a cucharadas el mar Báltico con un colador de té». De ahí que afirme que el sistema conduce a «la irresponsabilidad organizada». Frase que expresa con total precisión su punto de vista. Y añade que el principio de que «quien contamina, paga» está diseñado para el autor individual, esto es, «la base legal para evitar el peligro, protege a los contaminadores que, precisamente, son a los que se pretende responsabilizar». Además, considera que debe añadirse que el Poder Judicial, «sobrealimentado con leyes y programado oficialmente en la dirección opuesta, con sus chabacanas pretensiones legales burocráticas, convierte, casi a la perfección, la omnipotencia en absolución».

De manera que las cuestiones de seguridad en la sociedad del riesgo se deciden por peritos, que, por muy brillantes que puedan ser, sin embargo, no pueden estar realmente seguros de sus juicios, «que siempre y necesariamente se basan en probabilidades que no excluyen nada».

Precisamente, en esa línea, insiste Beck en que el sistema quiere determinar el autor individual y la causa concreta. Para el derecho penal actual quien tiene que probar la nocividad de la sustancia, las emisiones, etc., así como se relacionan, entre sí, la acción y la prueba es, precisamente, el contaminado.

Existe una especie de «optimismo extremista», una «creencia continua»; pero, el daño causado y el daño causado por la prueba acaban siempre transmitiéndose al perjudicado.

El sistema penal exige, conforme expone Beck⁶¹, que: 1) hay que probar el daño a; 2) la prueba de que la sustancia X realmente fue la que causó el daño A; 3) debe probarse que la sustancia X procede de la empresa; y, 4) finalmente, hacer posible lo imposible, esto es, hacer responsable legalmente a la persona Z.

Continúa explicando Beck que las situaciones de amenaza global se oponen a la obtención de evidencias relativas a las sustancias individuales. «Las “causas” en el antiguo sentido de la época industrial han sido abolidas con la naturaleza global del peligro». Y, por ello, afirma con rotundidad que «las leyes, las ordenanzas, las autoridades de control que permiten que se produzca esta desigualdad realmente extrema de la carga de la prueba, no podrán, en última instancia, acabar con la práctica común del envenenamiento legalizado»⁶².

Insiste en que el sistema tanto penal como civil constituyen «un sistema de irresponsabilidad organizada»⁶³. En efecto, en relación con el ámbito civil, señala

60 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 11.

61 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 214.

62 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 214.

63 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 215.

que las dos funciones del derecho de responsabilidad no cumplen su cometido: la función de compensación por el daño y la función preventiva de control del comportamiento en la protección del medio ambiente.

A su juicio, «la desigualdad en la carga de la prueba y la imposibilidad de rendir cuentas lo permiten»⁶⁴, esto es, conducen a esa irresponsabilidad organizada.

En el centro de la cuestión se encuentra, entonces, elaborar un reparto diferente de la carga de la prueba. Pues, aunque todo está creciendo, hay una mayor «densidad de regulaciones legales, de controles oficiales, de gasto público, industrial y privado en la protección del medio ambiente»⁶⁵. Pero, el resultado final es siempre el mismo: «el principio individual de la culpa, en la era del tráfico global de venenos y contaminantes, convierte al ordenamiento jurídico en cómplice, por un principio indemostrable individualmente, de un envenenamiento universal»⁶⁶.

Insiste Beck⁶⁷ que «el envenenamiento universal mezclado con la prueba de la culpa individual lo garantiza todo: la absolución, el envenenamiento, la prueba del no envenenamiento, que puede ser proporcionada por la imposibilidad de prueba del envenenamiento, y la prueba del envenenamiento».

Por ello, de forma irónica, nos indica que «cualquiera que desee idear un sistema para convertir a los perpetradores en no perpetradores debería tomar como modelo esta combinación de justicia omnipotente, absolución y envenenamiento. Aquí no está pasando nada malo; al menos nada demostrablemente malo. Y, precisamente la no verificabilidad se convierte en la observación y cumplimiento estricto de la regla rectora de la justicia, el principio de que quien contamina paga, que se exige a todos»⁶⁸.

De ahí que, pesimista y crítico, hable Beck de que con este sistema lo que se produce es «una descontaminación simbólica»⁶⁹ y, «no hay mejor forma de desintoxicación simbólica de una realidad peligrosa y, precisamente por eso, inmutable»⁷⁰ que mantener el sistema actual.

Y, en cuanto a las protestas por el envenenamiento, estima que la experiencia es kafkiana: «Si quieres argumentar en contra de la ciencia en cuestiones de peligro, tienes que utilizarla. Es como luchar con los dedos contra ti mismo: tienes que engañarte a ti mismo para poder competir [...]. La consecuencia que

64 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 215.

65 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 218.

66 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 218

67 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 219.

68 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 219.

69 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 220.

70 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 98.

puede observarse es que los críticos suelen argumentar más científicamente que los científicos contra los que argumentan»⁷¹.

«Si ocurre el milagro de que algo es verificable, el profesional eventualmente se perderá en el montón de información cuidadosamente construida por las empresas, del cual nadie, de los que han protestado y que han entrado, ha vuelto a salir»⁷². «Se trata de un sistema laberíntico ampliamente ramificado»⁷³. En definitiva «la irresponsabilidad organizada»⁷⁴.

Advierte Beck⁷⁵ que, «en la vida cotidiana, también en la política y la economía, incluso en las ciencias, se asume ingenuamente que existen peligros de los que no se puede culpar a ningún Dios, diablo o demonio, sino que su naturaleza es industrial-tecnológica, científico-económica y que, por consiguiente, el origen puede ser descubierto, perseguido y tratado según los criterios usuales de causalidad y culpabilidad; y, por ello, siempre que exista una voluntad resuelta, tal peligro puede ser evitado». Pero, añade seguidamente, que «esta visión es una de las ingenuidades que oscurecen el sistema de irresponsabilidad organizada. Ocurre, precisamente, al revés; la aplicación de las normas lo que asegura es que las amenazas sistémicas no pueden atribuirse: los peligros se reducen a riesgos, se comparan y se normalizan legal y científicamente como “riesgos residuales” improbables»⁷⁶.

Insiste en atacar el sistema de causalidad y, al respecto, defiende que con el sistema actual se erige un escudo protector para el causante del daño. Buscar *causas* y *culpables* de acuerdo con el sistema imperante conduce a la irresponsabilidad organizada.

En esa línea y refiriéndose a la necesidad de cambiar las reglas de la carga de la prueba insiste reiteradamente en diversos lugares⁷⁷.

VII. Aspectos problemáticos del proceso

1. Aspectos problemáticos de la prueba: los principios *in dubio pro reo* y *non bis in idem*

71 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 99.

72 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 100.

73 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 100.

74 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 100.

75 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 104.

76 Beck, U. *Gegengifte*, cit., p. 104.

77 Beck, U. (1991). *Politik in der Risikogesellschaft*, p. 15.

Los principios *in dubio pro reo* y *non bis in idem*⁷⁸ tienen muchas cuestiones en común. Una de ellas, el escaso contenido que se les concede, cuando lo cierto es que ambos tienen un contenido relevante dentro del sistema de libertades. Los dos tienen un recorrido distinto, aunque en ocasiones se entrecruzan. Por ejemplo: ¿qué ocurre cuando existe alguna duda sobre si los hechos ya han sido enjuiciados (suponiendo evidentemente que se trate del mismo acusado)? ¿Debe apreciarse el *in dubio pro reo* cuando la duda recae sobre si, juzgando, se producirá un quebrantamiento del *non bis in idem*? A mi juicio, no debe existir duda sobre que la respuesta debe ser afirmativa.

No vamos a entrar en la cuestión de los presupuestos procesales, si bien, con Goldschmidt⁷⁹, consideramos que son los presupuestos de la sentencia sobre el fondo y el principio *in dubio pro reo* funciona con relación a todos los presupuestos procesales; por ello, si el hecho se plantea durante la instrucción deben los hechos dudosos ser objeto de investigación de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, pues si no se realizara tal investigación y por alguna razón se llegara a juicio, la duda sobre los mismos operaría inexorablemente a favor del reo. Con otras palabras, si equivocadamente se pensara que es el investigado el que debe ocuparse de la prueba de los mismos, ello conduciría a que como se trata de presupuestos del proceso, con una duda al respecto la sentencia de fondo necesariamente debe ser absolutoria.

Me he referido a los presupuestos procesales por constituir una de las materias más polémicas. No hay duda de que el principio *in dubio pro reo* es aplicable a todos los hechos que constituyen el objeto del proceso. Ahora bien, tampoco esta afirmación está exenta de polémica, pues de forma absolutamente equivocada se traslada del proceso civil la máxima de que el demandante debe probar los hechos constitutivos de su demanda y el demandado tiene la carga de probar los impeditivos y los extintivos⁸⁰; y se afirma que, en el proceso penal, la carga de la prueba le corresponde a la acusación, pero, junto a ello, también se asegura que todo lo que esgrima el acusado (como la enajenación mental, alguna excusa absolutoria, la concurrencia de legítima defensa, etc.), le corresponde la carga de la prueba al mismo.

La traslación es absolutamente equivocada. Aquella regla es correcta en el proceso civil, pero no sirve en el proceso penal, donde rige el principio de

78 Sobre el principio *non bis in idem* me remito a Barja de Quiroga. (2019). *Tratado de Derecho Procesal Penal*, I, 7.ª ed., pp. 349 y ss.

79 Goldschmidt. (1925). *Prozeß als Rechtslage*. Berlín, pp. 393-395.

80 Por todos, concretamente para el proceso civil, Gómez Orbaneja. (1976). *Derecho procesal civil*, I. Madrid, pp. 306 y ss.

investigación de oficio⁸¹. En este ni siquiera existe la carga de la prueba⁸², sino la aplicación del principio *in dubio pro reo*. En palabras del derecho a la presunción de inocencia, el acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario; y la demostración de lo contrario no puede ser mediante posibilidades.

Sin duda, partimos de que la acreditación de los hechos, —evidentemente mediante la racionalidad de los indicios (*Glaubhaftmachung der Tatsachen*)—, es presupuesto básico y esencial para el resto de la sentencia. Y, por ello, es preciso defender y desarrollar este principio y el derecho a la presunción de inocencia.

El principio *in dubio pro reo* no es de excesiva antigüedad, pues, cuando regía la absolucióñ en la instancia y las penas extraordinarias, era evidente que no era aplicable el principio *in dubio pro reo* que procede de las ideas ilustradas⁸³.

Tomás y Valiente⁸⁴ explica que los que defienden la tesis de que el principio *in dubio pro reo* también tuvo vigencia y aplicación real durante el proceso penal inquisitivo acuden a algunas citas del *Digesto* y alguna ley de las *Partidas*, pero, en realidad, lo que defienden estas citas es que es buena la misericordia y la benignidad antes que la severidad; por ello Tomás y Valiente⁸⁵ señala que estos textos «se insertan en la retórica y en la ética y no en el Derecho». Es más, añade con rotundidad que «el sistema de probanzas y presunciones del Derecho de los siglos XIII a XVIII estaba construido precisamente para condenar tan sólo con indicios de culpa, para lo cual, por un lado, los indicios servían como base para poner en práctica el mecanismo tendente a obtener la confesión del reo indiciado, bien de modo espontáneo o bien por medio del tormento; y, por otro lado, podían considerarse como bastantes para producir la *semi-plena probatio*, en virtud de la cual el juez no podía imponer al reo la pena legal ordinaria prevista para el delito, que sólo se imponía tras la *plena probatio*, pero sí podía imponerle una pena extraordinaria, moderada según el arbitrio del juez (“pena arbitraria”), aunque menor que la ordinaria».

De ahí que Tomás y Valiente⁸⁶ concluya que «el sistema de pruebas legales tasadas, el concepto de *semi-plena probatio*, el mecanismo protector-represivo

81 Por todo: el art. 2 de la LECrim. dispone que «todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo, y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar mientras no se hallare asistido de defensor».

82 Barja de Quiroga. *Tratado de derecho procesal penal*, 7.ª ed., pp. 1587 y ss.

83 En profundidad, sobre la historia de este principio, véase Holtappels, P.(1965). *Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes “in dubio pro reo”, passim*.

84 Tomás y Valiente. (2016). “*In dubio pro reo*”, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia. En: *Una mirada valiente. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, (dir. Gómez Bravo), pp. 332 y ss.; originalmente publicado en *Revista de Derecho Constitucional*, 20/1987, pp. 9 y ss.

85 Tomás y Valiente. “*In dubio...*”, cit., p. 336.

86 Tomás y Valiente. “*In dubio...*”, cit., p. 337.

de la prueba privilegiada y la desigualdad jurídico-formal apenas dejaban lugar para la aplicación del *in dubio pro reo* o de otros *topoi* o *loci communi* semejantes. En verdad, el principio inherente al sistema procesal-penal inquisitivo era éste: en la duda, condena a pena arbitraria».

Y, ya con anterioridad, en otro lugar Tomás y Valiente⁸⁷ explicaba que «cuando el rey ya no puede aumentar la represión agravando las penas por ser éstas las máximas posibles, facilita las condenaciones “ayudando a la probanza”, esto es, autorizando expresamente estas llamadas “pruebas privilegiadas”».

Es más que difícil ver en este sistema penal algún sitio para la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Expresamente, nos enseña Tomás y Valiente⁸⁸ que él no ve «aparecer ni el principio *in dubio pro reo* ni, menos aún, la presunción de inocencia hasta la Declaración de 1789». Donde expresamente, en su art. 9, se dice que «todo hombre es considerado inocente hasta que haya sido declarado culpable».

En nuestro país el principio *in dubio pro reo* ha sido considerado, tradicionalmente, como un principio de carácter ético, que debía partir de la benevolencia judicial o una simple guía sin especial valor jurídico vinculante.

El cambio va a producirse con el principio de presunción de inocencia. Aunque sigue proporcionándosele un escaso valor, no obstante, seguramente el principio de presunción de inocencia pueda cubrir, al menos en parte, a lo que aquel está llamado.

Por otra parte, también suele afirmarse que el citado principio es una regla para la valoración de la prueba. Sin embargo, en la doctrina se abre camino la idea de que se trata de un principio para ser aplicado después de que ya haya sido valorada la prueba⁸⁹; de manera que primero debe procederse a la valoración de la prueba desarrollada en el juicio y, una vez realizada esa operación, cuando existan dudas, es cuando entra en aplicación el principio *in dubio pro reo*, que, por consiguiente, no es una regla para la valoración de la prueba.

¿Dónde se encuentra establecido o de dónde podemos deducir la existencia y aplicación de este principio?

En primer lugar y de forma más inmediata del art. 741 de la LECrim., donde se establece que «el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar

87 Tomás y Valiente. (1969). *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, p. 178.

88 Tomás y Valiente. “*In dubio...*”, cit., p. 338.

89 Así, entre otros, Stree, (1962). *In dubio pro reo*, p. 56.

si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta».

Evidentemente, puesto que forma parte del principio de presunción de inocencia, no hay duda de que este principio está presente en nuestro ordenamiento jurídico (art. 24 de la Constitución Española y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). No obstante, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo no siempre ha aceptado esta vinculación. También el Tribunal Constitucional, en algunas sentencias, los ha separado de forma radical: el principio de presunción de inocencia debe aplicarse en relación con la prueba practicada, para llegar a la conclusión respecto a si concurre o no prueba suficiente (*mínimamente de cargo*) para la condena, mientras que el principio *in dubio pro reo* es aplicable después.

Al respecto, la STC, 44/89, de 20 de febrero señala que:

«Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor *rei*, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Desde la perspectiva constitucional la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo* resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 de la Constitución como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurre propiamente con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso.

Es cierto que la distinción entre medio probatorio y resultado probatorio no puede ser tan radical en cuanto que la presunción de inocencia es también una "regla de juicio" a favor de ella que obliga a decidir a favor de la presunción de inocencia cuando no existan pruebas de las que puedan deducirse la culpabilidad, esto es, pruebas de carácter inculpatório.

El que ahora el principio *pro reo* pueda tener un más sólido fundamento constitucional no permite que pueda confundirse el principio *in dubio pro reo* con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, ni tampoco convertir el proceso de amparo en una nueva instancia en que pueda

discutirse el resultado valorativo de una actividad probatoria de cargo realizada en el juicio oral y con todas las garantías. Aunque si corresponde a este Tribunal, y para la protección del derecho constitucional a la presunción de inocencia, comprobar si se ha realizado, y con las debidas garantías, una actividad probatoria “inculpatória”, es decir, si ha habido pruebas de las que se pueda razonablemente deducir la culpabilidad del acusado, o más exactamente, si las inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo por el órgano judicial no han sido arbitrarias, irracionales o absurdas (SSTC 140/1985, de 21 de octubre, y 175/1985, de 17 de diciembre), de forma que “los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado”» (STC 174/1985, de 17 de diciembre)».

No estamos de acuerdo con esta radical diferenciación, que nos lleva a puertos diferentes, pues, como en ocasiones se mantiene, entonces uno tiene relevancia constitucional, mientras que el otro no. Podemos aceptar la diferente conceptualización, pues es correcto afirmar que el principio *in dubio pro reo* no es una regla para la valoración de la prueba, pero no por ello dicho principio no se inserta en el ámbito del principio de presunción de inocencia. En otras palabras, a nuestro juicio, el principio de presunción de inocencia abarca el principio *in dubio pro reo*.

Entonces, si esto es así, la pregunta debe ser: ¿qué importa lo que ocurra con el principio *in dubio pro reo*, si ya tenemos el principio de presunción de inocencia? Es, pues, un principio prescindible, dado que con el otro principio abarcamos todo –y más– lo que este abarca. Podríamos estar de acuerdo con este razonamiento si aquel principio realmente abarcara por entero lo que este abarca o debería abarcar; pero no es así.

Es reiterado por la jurisprudencia que el principio *in dubio pro reo* obliga, en caso de duda, a inclinarse por la solución más favorable al reo, pero que únicamente es aplicable cuando el Tribunal ha tenido dudas, por lo que no es aplicable cuando no han existido dichas dudas.

Así, entre las sentencias más recientes, tenemos la STS, 2.ª, 656/2022, de 29 de junio, STS, 2.ª, 596/2022, de 15 de junio, o STS, 2.ª, 246/2022, de 16 de marzo, en las que se indica que el principio *in dubio pro reo* solo es invocable en casación en su faz normativa, es decir, si hubiese condena pese a que el Tribunal expresara o mostrara sus dudas al respecto; así como que el citado principio no obliga al Tribunal a dudar, sino a absolver cuando, valorada toda la prueba, persistan dudas respecto de la culpabilidad del acusado.

He ahí el problema. La Sala de instancia no ha tenido dudas y en ese caso no procede la aplicación del principio; ahí terminó el ámbito del mismo. Su contenido se reduce a aquellos casos en los que expresamente se declara la duda y debe elegirse entonces la mejor solución para el acusado.

Pero, a nuestro juicio, el principio tiene más recorrido, pues también debe aplicarse en aquellos casos en los que el Tribunal, aunque no trasluzca ninguna duda, sin embargo, debió tenerla/s. Es cierto que esto implica un análisis de la motivación del Tribunal y de la operación por la que este ha llegado a la convicción de que los hechos ocurrieron como aparece en su declaración de hechos probados. Pero esto no debe ni extrañar ni resultar inadmisibile. El Tribunal de casación (o de apelación) está precisamente llamado a eso; y, entre otras razones, para eso se exige la motivación de las sentencias: para que puedan conocerse las razones por las que se llega al fallo condenatorio o absolutorio.

Esa labor de control al analizar la motivación del tribunal es la que se realiza, por ejemplo, cuando se concluye que la sentencia debe ser casada por falta de motivación y se considera que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (cuestión aparte es la relativa a la solución que se dé a esos supuestos⁹⁰). Igualmente ocurre también cuando se invoca que ha sido quebrantado el derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal superior examina si existió suficiente prueba de cargo. El Tribunal superior no puede entrar en todo lo que es la valoración concreta de aquellas pruebas que dependen de la inmediación (otra cosa ocurre cuando se trata de la prueba documental: la real prueba documental), pero sí en su estructura racional. Es decir, si al valorar las pruebas han sido quebrantadas las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Así, reiteradamente el Tribunal Supremo ha señalado, entre las más recientes en STS, 2.ª, 654/2002, de 29 de junio, o STS, 2.ª, 584/2022, de 13 de junio, que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia, porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa; sino que únicamente autoriza a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia; así como que el control de en casación no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y que el juicio de inferencia del Tribunal *a quo* solo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Ahora bien, esta forma de examinar la prueba trae consigo que efectivamente se está analizando la forma en que el Tribunal de instancia ha realizado la valoración de la prueba. Con un ejemplo: si el Tribunal cree al testigo que dice que «vio volar a un burro», el Tribunal de casación dirá que tal afirmación del testigo no puede ser tenida en cuenta. Y, entonces, la pregunta es: si el Tribunal de casación puede hacer eso, porque no puede decir que, a la vista de la

90 Véase, al respecto, Barja de Quiroga. «El fluctuante contenido del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales». *Persuadir y razonar. Libro homenaje a José Manuel Maza Martín*, (dir. Gómez-Jara), I, pp. 93 y ss.

prueba desarrollada en el juicio, no cabe obtener, de forma clara, la conclusión del Tribunal de instancia, pues las declaraciones, aunque no absolutamente irracionales, se encuentran en el filo de lo que es racional y, por consiguiente, debe afirmarse la duda. ¿Podemos llegar a esta conclusión con el principio de presunción de inocencia? Si es así, entonces es evidente que no es preciso el principio *in dubio pro reo*; pero si no llegamos hasta aquí, entonces este principio lo necesitamos y debemos darle un mayor contenido.

¿Qué hacemos con la ya tradicional y habitual frase del Tribunal Constitucional y de nuestra jurisprudencia, relativa a que la presunción de inocencia ha sido desvirtuada cuando existe prueba de cargo suficiente?

En efecto, el adjetivo *suficiente* supone que el Tribunal superior ha hecho un balance entre la prueba de cargo y la de descargo. Hay supuestos, tanto del Tribunal Constitucional como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, aunque anulan una prueba tenida en cuenta por el Tribunal inferior, sin embargo mantienen la condena porque consideran que existe todavía prueba de cargo *suficiente* para soportar la condena.

¿No está el Tribunal superior reexaminando la valoración de la prueba? Y, si el Tribunal superior en ese reexamen de la prueba considera que existen dudas, ¿deberá obviarlas o deberá aplicar el principio *in dubio pro reo*? No me estoy refiriendo a aquellos casos en los que, suprimida la prueba (por ejemplo, por ser ilegalmente obtenida), el Tribunal superior considera que con las otras pruebas *claramente* hay prueba *suficiente* para la condena (aunque no estamos de acuerdo con esta forma de actuar, pues –como he explicado en otro lugar– la solución debe necesariamente ser otra), sino a aquellos casos en los que, ante la ausencia de la prueba que se excluye, queda una duda.

En una diferenciación, siempre diremos:

- 1) Presunción de inocencia → parte de la existencia de prueba y es revisable en casación.
- 2) *n dubio pro reo* → hay prueba, pero hay dudas. Se trata de un problema que se resuelve aplicando el principio después de la valoración de las pruebas existentes y no es revisable en casación (evidentemente, no comparto esta última afirmación).

El planteamiento ya da que pensar: ¿por qué esa diferencia?

Y la cuestión se complica cuando añadimos el derecho a la motivación de la sentencia. Derecho fundamental que da lugar a la necesidad de que las resoluciones judiciales no sean meras expresiones de voluntad, sino aplicación razonable y razonada de las normas jurídicas, por lo que requieren una motivación que, aun cuando sea sucinta, proporcione una respuesta adecuada en derecho a la cuestión planteada y resuelta. La motivación debe abarcar tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción

de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas) y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena.

Realmente deberíamos llamarle derecho a la motivación racional de la resolución. Dicho así, si la irracionalidad/racionalidad es revisable en casación, insisto, ¿por qué no cuando lo racional es dudar? O, dicho al revés, ¿qué ocurre cuando lo irracional es no haber dudado?

La diferencia entre el principio *in dubio pro reo* y el derecho a la presunción de inocencia, conforme la entiende el Tribunal Constitucional, puede verse en la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Constitucional 44/89, de 20 de febrero, que expone claramente las diferencias que encuentra.

Parece —el sistema del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo— que acoge el antiguo sistema de la denominada *íntima convicción*, que había sido desterrado.

Sistema que todo lo deja en manos de la subjetividad del Tribunal de instancia. El único problema, para revisar, sería la falta de intermediación; pero eso no es obstáculo para examinar la racionalidad de la prueba y si se debió dudar.

Si el parámetro que se debe aplicar es el de «más allá de toda duda razonable», esto quiere decir que la condena supone que no existe dicha duda. Luego, debe ser revisable.

No se trata de si el acusado tiene derecho a que los jueces duden, sino si tiene derecho a una sentencia motivada racionalmente.

De una concepción de la duda de carácter subjetivo debe irse a una concepción normativa y puramente objetiva. Lo importante no es lo que pasó por la cabeza del juez, sino lo que debe ser, a la vista del desarrollo del juicio.

Indudablemente, en caso de duda, procede la absolución. Y, que ocurre cuando lo correcto es dudar y no se hizo: ¿ya no procede la absolución? ¿Ha dejado de ser lo correcto?

¿De qué sirve el deber de motivar la sentencia, si cuando se pone de manifiesto una valoración equivocada de las pruebas, nada puede hacer el Tribunal superior para corregirlo? Insisto en que el problema es la intermediación con la prueba, pero esto tiene sus acercamientos, sin que necesariamente colapse el principio *in dubio pro reo*.

Así, la Directiva 2016/343, de 9 de marzo de 2016, art. 6.2, que señala «los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto».

¿Con la actual concepción de este principio, se cumple con el indicado artículo de esta Directiva?

El Proyecto de 2013 del Código Procesal Penal⁹¹ en su artículo 6, respecto al derecho a la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, dice que:

- «1. Toda persona debe ser considerada y tratada como inocente hasta que sea condenada en sentencia firme debidamente motivada, dictada por el Tribunal competente, en un proceso con todas las garantías en el que haya quedado probada su culpabilidad más allá de cualquier duda razonable.
2. La carga de la prueba corresponde a la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos constitutivos del delito, tanto de carácter objetivo como subjetivo.
3. Las pruebas serán libremente valoradas por el Tribunal, conforme a las reglas de la lógica, de la ciencia y las máximas de la experiencia.
4. Cualquier duda razonable sobre los hechos debatidos que sean penalmente relevantes debe resolverse a favor del encausado».

Y, en relación al error en la valoración de la prueba, el artículo 592 dice que:

- «1. El condenado podrá alegar en el recurso sin limitación alguna cualquier discrepancia respecto de la valoración de la prueba y reclamar su revisión para que se sopesen la suficiencia de la prueba de cargo, su validez y licitud, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas.
2. Cuando se haga valer el error en la valoración de la prueba por la acusación para anular la sentencia absolutoria o agravar la condenatoria, será preciso que se justifique insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia u omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.
3. En ningún caso podrán ser apeladas las sentencias del Tribunal del Jurado por omisión, insuficiencia o defecto de motivación respecto a la valoración de la prueba efectuada para la emisión del veredicto».

Por otra parte, también debemos preguntarnos sobre las hipótesis alternativas. Concretamente, sobre si ¿existe el derecho a que las hipótesis alternativas sean prudentemente razonadas?, ¿más allá de toda duda razonable?

Si es así, o así debe ser, entonces la presunción de inocencia más el derecho a la motivación, conduce a que se razone adecuadamente sobre las hipótesis alternativas (¿pruebas de descargo?) y, por esta vía, aparece el examen sobre la duda.

⁹¹ Propuesta de Texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministro de 2 de marzo de 2012, ed. Ministerio de Justicia.

Cuando al analizar las hipótesis alternativas se llega a la conclusión de que alguna es razonable, entonces, nos encontramos con dos soluciones, por una parte, la solución acogida por el tribunal y, por otra parte, lo razonable de la alternativa. Obviamente, entonces, el resultado es la existencia de una duda (razonable) entre una y otra opción.

Sin dejar su posición tradicional, el Tribunal Constitucional en la STC 18/2021, de 15 de febrero, nos repite que «desde la STC 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2, hemos distinguido entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, situando a este último en el momento de la valoración o apreciación probatoria, de modo que “solo entra en juego cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida” (STC 16/2000, de 31 de enero, FJ 4). Y mantiene que, “con la perspectiva constitucional, el principio in dubio pro reo, ‘en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial’, ni está dotado de la protección del recurso de amparo, ‘ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas” (así últimamente, STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2, con cita de las SSTC 63/1993, de 1 de marzo, FJ 4; 103/1995, de 3 de julio, FJ 4; 16/2000, de 16 de enero, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 5; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 4, y 137/2005, de 23 de mayo, FJ 3)».

Pero, seguidamente nos dice que: «No obstante, conforme a nuestra doctrina, la regla de juicio que impone el derecho a la presunción de inocencia es muy clara: “se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable” (entre muchas, las ya citadas SSTC 78/2013, FJ 2, y 185/2014, FJ 3). Exige, como presupuesto de una condena penal conforme con el art. 24.2 CE, la certeza sobre la culpabilidad del imputado, entendida como ausencia de duda razonable respecto a la concurrencia de todos aquellos extremos relevantes para la condena. En tal medida, la razonabilidad de las conclusiones del juzgador sobre el resultado de los medios de prueba, justificadas a través de la debida motivación, y su suficiencia para condenar son exigencias entrelazadas del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 268/2000, de 27 de noviembre, FJ 9, y 78/2013, FJ 2). La existencia de una duda razonable en términos objetivos (o mejor, intersubjetivos) implica una valoración probatoria deficiente y la ausencia de prueba de cargo suficiente y, en definitiva, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así ocurrirá, como hemos repetido, si se presentan por el acusado hipótesis fácticas alternativas razonables frente a la hipótesis acusatoria (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5, y 12/2011, de 28 de febrero, FJ 10). Sin que, por lo demás, pueda haber diferencia cualitativa desde la perspectiva del art.

24.2 CE entre una absolución resultante de una constatación incontestable de la inocencia del acusado y una absolución fundamentada en la ausencia de pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia –por existir una duda razonable– (SSTC 8/2017, de 19 de enero, FFJJ 7 y 8; 10/2017, de 30 de enero, FJ 4; 85/2019, de 19 de junio, FJ 10, y STEDH de 16 de febrero de 2016 asunto *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, § 40)».

Así pues, conviene resaltar que, para el Tribunal Constitucional, como acabamos de recoger, «la existencia de una duda razonable en términos objetivos (o mejor, intersubjetivos) implica una valoración probatoria deficiente y la ausencia de prueba de cargo suficiente y, en definitiva, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así ocurrirá, como hemos repetido, si se presentan por el acusado hipótesis fácticas alternativas razonables frente a la hipótesis acusatoria».

Aunque, evidentemente, este no es el único supuesto posible.

En la doctrina alemana el principio *in dubio pro reo* tiene un importante contenido. Roxin / Schünemann⁹² afirman, rotundamente, que dicho principio no es una regla para la valoración de la prueba, sino una regla de decisión (*Entscheidungsregel*). Tal principio lo extraen del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, además, consideran que procede del principio de culpabilidad. Si la condena exige que el juez esté convencido de la culpabilidad del acusado, cualquier duda debe impedir la punición.

La cláusula respecto a la presunción de inocencia (no culpabilidad) establecida en el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos conduce a que el principio *in dubio pro reo* tenga rango constitucional.

Extraer este principio del art. 6.2 del CEDH es común en la doctrina. Así, entre otros, Putzke / Scheinfeld⁹³, Ostendorf⁹⁴ o Kindhäuser⁹⁵, que deriva el principio *in dubio pro reo* del principio del Estado de derecho y del principio de culpabilidad (así cita la Constitución, el art. 6.2 del CEDH, etc.); así como, también afirma que es una regla para la decisión. En igual sentido, como principio de decisión y extraído del art. 6.2 del CEDH, Ranft⁹⁶.

Con referencia al Estado de derecho, Hartmann / Schmidt⁹⁷, consideran que el acusado no puede ser condenado sin la prueba de la culpabilidad (art. 6.2 del CEDH) y esto no ocurre si el tribunal no está convencido de ello; así, también Volk⁹⁸; si bien este autor considera que es un principio que está asegurado en

92 Roxin / Schünemann. (2017). *Strafverfahrensrecht*, 29 ed. pp. 399 y ss.

93 Putzke / Scheinfeld. *Strafprozessrecht*, ed. 2005 p. 24 y ed. 2011, p. 10.

94 Ostendorf. (2012). *Strafprozessrecht*, p. 44.

95 Kindhäuser. (2010). *Strafprozessrecht*, pp. 282 y ss.

96 Ranft. (2005). *Strafprozeßrecht*, pp. 515 y ss.

97 Hartmann / Schmidt. (2008). *Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*, pp. 336 y ss.

98 Volk. (2001). *Strafprozeßrecht*, p. 146.

razón al principio de libre valoración de la prueba; Schroeder⁹⁹; Schlüchter¹⁰⁰, con base en el art. 6.2 de CEDH, y también, en razón al principio de culpabilidad y al derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 del CEDH, Hellmann¹⁰¹; Beulke¹⁰², que lo deriva del principio del Estado de derecho, considera que tiene un doble carácter, tanto jurídico sustantivo como procesal, y, también lo reconoce en el principio de presunción de inocencia del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derecho Humanos.

Lesch¹⁰³ trata el principio *in dubio pro reo* dentro del principio de presunción de inocencia, que residencia —como no podía ser de otra manera— en el art. 6.2 del CEDH y en el principio del Estado de derecho; así mismo, en el § 261 StPO, como «una inversión lógica», pues «si es condición necesaria para una condena que el Tribunal esté convencido de la culpabilidad del acusado, de ello, se sigue que el Tribunal negará una condena hasta que esté convencido de la culpabilidad». De manera, que si la prueba de la culpabilidad es dudosa, deben surgir las consecuencias jurídicas más favorables para el acusado, pues únicamente debe ser castigado el verdadero culpable. Precisamente, añade que este principio permite diferenciar el actual sistema del de la Inquisición, que permitía una *poena extraordinaria*, esto es, una más leve en lugar de la ordinaria, o bien, también dejar el procedimiento pendiente con la esperanza de encontrar algún día pruebas (lo que era la *absolutio ab instantia*).

No voy a desarrollar el ámbito ni el método de aplicación de este principio, pues no es esa mi finalidad. Quiero exponer que, a mi juicio, tal como vengo defendiendo desde hace mucho tiempo, el principio *in dubio pro reo* es un principio de rango constitucional, que se extrae del principio del Estado de derecho, del principio de culpabilidad y forma parte del derecho a la presunción de inocencia.

Cabe buscar su asiento más inmediato en el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y es perfectamente aplicable en España. Por ello, considero muy difícil de entender y compartir la postura de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, aunque este ha mantenido una posición vacilante, que de reconocer su carácter constitucional ha pasado a negárselo reiteradamente y ahora, tímidamente, parece que sienta ciertas bases para su reconocimiento.

2. La necesaria reforma procesal

99 Schroeder. (2001). *Strafprozeßrecht*, pp. 187 y ss.

100 Schlüchter. (1995). *Strafprozeßrecht*, p. 11.

101 Hellmann. (1998). *Strafprozeßrecht*, pp. 251 y ss.

102 Beulke. (2004). *Strafprozessrecht*, pp. 21-22.

103 Lesch. (2001). *Strafprozessrecht*, ed. 2001, p. 105.

Afirmar que nuestro sistema procesal penal necesita una reforma en profundidad se ha convertido en un tópico.

2.1. Líneas generales

2.1.1. La autoridad investigadora

El juez de Instrucción constituye actualmente una reliquia procedente de un sistema inquisitorial, que debe ser superado plenamente, porque, frente al argumento que se utiliza en ocasiones y según el cual lo relevante no es quién investiga (el juez o el fiscal), sino cómo se investiga, lo cierto es que la atribución de la investigación al fiscal conlleva indudables ventajas, equilibra la posición de las partes en el proceso y permite una realización más plena y eficaz del derecho a la defensa y del derecho a un juicio justo¹⁰⁴.

En realidad, este es el modelo vigente tanto en Europa —Alemania, Italia, Austria, Suiza, Holanda, Reino Unido— como fuera de sus fronteras —Estados Unidos, Méjico, Colombia, Chile, Perú, Australia, Canadá—. Y cuando la Comunidad internacional ha sentido la necesidad de dotarse de un aparato judicial para la persecución y enjuiciamiento de graves delitos como los de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, ha optado por modelos en los que la investigación y acusación eran asumidos por un fiscal, y la resolución de las cuestiones interlocutorias y el enjuiciamiento se reservaba a los tribunales.

El recurso al fiscal investigador posibilita una gestión más eficaz de la investigación y hace posible la introducción de criterios de oportunidad, que son esenciales para asegurar que el sistema penal es sostenible y que puede dar una respuesta adecuada a la criminalidad. Frente a esta posibilidad, se afirma que el recurso a criterios de oportunidad constituye una quiebra intolerable del principio de legalidad y que, cuando existe una infracción penal, no existe otra alternativa que la apertura de un proceso y la imposición de una sanción. Esta argumentación solamente es compatible con una visión meramente retributiva del derecho penal: cada delito debe recibir su castigo. Sin embargo, la finalidad del derecho penal no es la de retribuir con una pena todas las infracciones, sino la de garantizar que el sistema ofrece, frente al delito, una respuesta que restablezca la confianza en la vigencia de la norma quebrantada por el delito.

Esta finalidad se consigue habitualmente mediante la imposición de una pena (pues no se trata del mero castigo al delincuente, sino del restablecimiento por el Estado de la confianza en la vigencia de la norma haciendo recaer sobre

104 Mi postura al respecto siempre ha sido la misma. Así, véase, además de otros lugares, en los debates que recoge Bacigalupo, Gimeno Sendrá, Moreno Catena, Torres-Dulce. (2005). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, pp. 98 y 99, 111, etc.

el autor del delito las consecuencias de su infracción). Pero también puede llegar a conseguirse por otros medios: mediante la suspensión condicionada del procedimiento; acuerdos entre las partes resultado de procedimientos de mediación; reparación efectiva del daño en algunos casos de infracciones menores. E incluso pueden llegar a existir supuestos en los que la imposición de la pena ya no resulta necesaria, como sucede cuando se ha impuesto al autor por la comisión de varios delitos una pena que ya no sufrirá modificación alguna, aunque se declaren probadas otras infracciones.

2.1.2. Principio de oportunidad y sus derivaciones

En realidad, ningún sistema penal tiene capacidad para ofrecer respuesta frente a todas las infracciones penales cometidas, y tiene que limitarse a resolver y esclarecer solamente alguna de ellas: los elevados índices de sobreseimiento que son habituales en el caso de delitos menores se relacionan en parte con los limitados medios materiales que se aplican para su esclarecimiento; y esa decisión —muy razonable por otra parte— de limitar los medios que son utilizados para esclarecer un delito menor frente a los que son inmediatamente movilizados cuando se trata de investigar delitos de gravedad, conlleva ya una valoración de criterios de oportunidad. Pues bien, una regulación detallada de los supuestos de oportunidad, de sus requisitos y condiciones, comporta importantes ventajas: la aplicación de esas valoraciones de oportunidad reguladas en la ley deviene transparente y, administrada por el fiscal —que puede actuar sin la férrea sujeción al principio de legalidad que debe regular siempre la actuación de los jueces—, hace posible el control posterior por los tribunales.

2.1.3. Las diligencias de investigación

Las autoridades encargadas de la investigación de hechos delictivos deben disponer de instrumentos y herramientas eficaces de investigación, especialmente en el contexto de internacionalización y complejidad creciente de ciertas formas de criminalidad; pero al tiempo, es preciso determinar cuáles son las condiciones en las que el recurso del Estado a determinados instrumentos de investigación que afectan a la intimidad del individuo o a otros derechos individuales debe ser objeto de habilitación y regulación legal. Son, indudablemente, los jueces y tribunales quienes deben valorar si concurren los requisitos que justifican determinadas diligencias de investigación, y si su autorización es proporcionada a los fines perseguidos en cada caso concreto. Sin embargo, la fijación de los requisitos y límites para la práctica de estas diligencias, la fijación de los fines que puedan autorizarlas y aquellos aspectos

a los que está referida la valoración de la proporcionalidad deben ser fijados por el legislador.

Si bien la reforma procesal que se llevó a cabo por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, ha sido un paso relevante en esta materia, especialmente en lo relacionado con las medidas de injerencia en el ámbito de la investigación tecnológica, es preciso una regulación *ex novo* de todo el sistema de investigación penal, que supere el anacronismo presente en el texto legal vigente.

2.1.4. Revisión de la regulación del juicio oral

Esta revisión es necesaria para garantizar de forma efectiva la contradicción e igualdad entre las partes. La práctica ha llevado a un modelo de juicio oral que, en muchos aspectos, se aparta del modelo de juicio oral puramente acusatorio que había pretendido dibujar la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882: no es casual —aunque habitualmente pasaba inadvertido— que la LECrim de 1882 regulara la declaración del procesado únicamente como diligencia sumarial, y no como diligencia de prueba del juicio oral; y que la ley previera expresamente que, negada la responsabilidad de los hechos por el acusado (la pregunta sobre la conformidad), la ley dispusiera que se pasara al *examen de testigos* (art. 701 LECrim), y no al interrogatorio del acusado, al que únicamente estaba previsto que le fuera concedido el derecho a la última palabra.

Es patente que el acusado no puede ser una prueba contra sí mismo, y su interrogatorio solamente debe estar previsto como diligencia de prueba solicitada por la defensa; y el interrogatorio de los acusados debe ser realmente un interrogatorio contradictorio, desarrollado conforme a las reglas del interrogatorio cruzado.

También debe repararse en la diferencia que existe entre el interrogatorio de los testigos durante la instancia y cuando deponen en el juicio oral. Esto también tiene que afectar a la llamada prueba preconstituida; esto es, a la posición del juez y su papel y a la forma del interrogatorio del testigo.

2.1.5. Vaciado del juicio oral

Es fácil percibir la tendencia actual de vuelta a un sistema arcaico en el que el juicio oral quedaba vacío de contenido. Basta con recordar que aquella época en la que la prueba se daba por reproducida, lamentablemente no es tan lejana. El juicio oral era breve, pues simplemente se tomaba declaración al acusado y seguidamente se pasaba a las pruebas testifical y pericial que no se practicaban, sino que se daban por reproducidas, lo mismo que la prueba documental, con lo que se pasaba a las conclusiones. Tal modelo, que lo que suponía era simple y llanamente dar por bueno el sumario, era claramente disparatado.

El juicio oral, no como mero pasatiempo sino lleno de contenido es un claro signo de un verdadero Estado de Derecho. El juicio oral nace frente al sistema inquisitivo que con su secretismo y su desarrollo escrito han conducido a tremendas y reiteradas atrocidades.

No debe minimizarse en manera alguna la importancia del juicio oral en un Estado de Derecho. No en vano a las máximas del principio de legalidad se añadió la de la necesidad de un juicio conforme a la Ley.

Hace ya algún tiempo que se defiende la conveniencia de vaciar de contenido el juicio oral y al tiempo inundar la fase instructora, como si se tratara de vasos comunicantes. Con tal punto de vista se pierde la finalidad de la instrucción y se la confunde con el juicio oral. La instrucción no es otra cosa que la averiguación primaria de la verdad para preparar el juicio. Precisamente, con meros indicios se dicta auto de procesamiento y luego el de conclusión del sumario. Pero, sin duda, esos no son pruebas ni inexorablemente quiebran la presunción de inocencia.

Pretender que la prueba testifical de la víctima sea la declaración que realiza durante el sumario y preconstituir la prueba, es una forma clara y directa de vaciar de contenido el juicio oral; una perversión del sistema.

Así, entre otros supuestos, el art. 703 bis de la LECrim, que dispone que «cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista. En los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad.

En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes».

También, y con carácter general el art. 730.2 LECrim, en esta misma línea, establece que «a instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis».

Llevar a cabo macro juicios en los que el juicio oral es largo en el tiempo y programar la asistencia y la ausencia de abogados e inculpados es considerar

que el juicio oral o sus partes no tienen interés para ellos, lo que significa que tal macro causa no se ha dividido adecuadamente.

Y, ¿la prueba pericial? Es obvio que la prueba pericial ha de practicarse en el juicio oral, sin perjuicio de la práctica de los análisis pertinentes durante el sumario, pero el informe ha de evacuarse en el juicio oral con posibilidad de confrontación. Pero, tal obviedad no lo fue para el legislador que decidió transformar la pericial en documental. Me refiero al art. 788.3 de la LECrim., que dispone que «el informe pericial podrá ser prestado sólo por un perito.

En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas». Pero, lo cierto es que tal norma no debe impedir que al menos los peritos tengan que ratificar tal informe a presencia judicial. Cuestión distinta es que en la práctica tal ratificación no se realice.

Lo mismo ocurre cuando la defensa del acusado no ha puesto objeciones a la prueba pericial o, cuando las ha puesto y se dice que es “proforma” pero no realmente. No comprendo tal forma de concebir la prueba pericial. ¿No se querrá que sea el propio acusado el que la proporcione cuando le perjudica? Ni que la mencione en su escrito de defensa, pues a él no le interesa lo más mínimo; será la acusación la que deberá ocuparse de que los peritos acudan al juicio oral, pues si no lo hacen tal prueba pericial no existe. Entenderlo de otra manera, vuelve a ser una forma de vaciar el juicio oral.

El siguiente paso será dar por bueno todo lo practicado en la Agencia Tributaria y utilizar dicha Agencia produciendo confusión entre la Jurisdicción y la Administración. Me refiero a lo dispuesto en la Disposición Adicional Décima de la Ley General Tributaria, que dispone que «1. En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya liquidado por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en esta Ley, incluidos sus intereses de demora, junto a la pena de multa, se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

2. Una vez que sea firme la sentencia, el juez o tribunal al que compete la ejecución remitirá testimonio a los órganos de la Administración Tributaria, ordenando que se proceda a su exacción. En la misma forma se procederá cuando el juez o tribunal hubieran acordado la ejecución provisional de una sentencia recurrida.

3. Cuando se hubiera acordado el fraccionamiento de pago de la responsabilidad civil o de la multa conforme al artículo 125 del Código Penal, el juez o tribunal lo comunicará a la Administración Tributaria. En este caso, el procedimiento de apremio se iniciará si se incumplieran los términos del fraccionamiento.

4. La Administración Tributaria informará al juez o tribunal sentenciador, a los efectos del artículo 117.3 de la Constitución Española, de la tramitación y, en su caso, de los incidentes relativos a la ejecución encomendada».

Así pues, dicho sea de paso, ya se le ha dado competencia en la ejecución de la sentencia -véanse los sorprendentes artículos 990 párrafo 4º y 999 de la LECrim., con clara dejación del art. 117 de la Constitución que encarga a los jueces juzgar y ejecutar lo juzgado.

También conviene examinar detenidamente lo dispuesto en art. 305, aps. 5 y 7 del Código Penal; entre otros artículos relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

Hoy día los delitos económicos cometidos por personas físicas y/o jurídicas llevan consigo una investigación que conforma miles de documentos, pero su acumulación en el juicio oral no los debe transformar en la prueba documental, la prueba documental exige determinación concreta.

Como dije el abandono de proceso inquisitivo y el paso al proceso penal con una estructura que permitió su evolución hasta hoy día, se produjo con las ideas de la Revolución francesa (1789). El juicio oral con su elemento de publicidad nace a partir de ahí y que se pretenda su vuelta atrás es lamentable.

Precisamente esa vuelta atrás es la que ha hecho importante el conocer cuál sea el valor probatorio de lo practicado en el sumario, e incluso, Más allá, esto es fuera y antes del sumario, lo que conduce a explorar el valor probatorio de las actuaciones policiales.

2.1.6. Régimen de recursos

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha generalizado el recurso de apelación y de casación en el orden procesal penal, si bien limitar los motivos de este último recurso (error de derecho) puede plantear algunas dudas: sentencias que podrán ser luego recurridas ante el Tribunal Constitucional o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no podrán haber sido revisadas, en ciertos casos, por el Tribunal Supremo.

2.2. El ámbito castrense

2.2.1. Ámbitos penal y procesal penal

Aquel que piense que la jurisdicción castrense es especial y nada de lo dicho tiene que ver con ella, está tremendamente equivocado. El derecho penal militar y el derecho penal, llamémosle común, son el mismo derecho. La teoría jurídica del delito es la misma; no existe una teoría jurídica de los delitos militares. Tipo, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad son categorías con un contenido que

en nada varían porque se trate de tipos penales militares. En otras palabras, lo que ocurre, la forma en que evoluciona la teoría jurídica del delito en el ámbito ordinario es, y debe ser, aplicable en el ámbito castrense.

La posición de garante y los límites de su delegación tienen un amplio margen de aplicación en el ámbito castrense.

Cuando el dolo se definía por los elementos de conocimiento y voluntad, esto es, saber y querer, también así se mantenía en el derecho penal militar. Hoy día nadie (dicha esta generalidad, al menos, en términos muy mayoritarios) defiende esa conceptualización del dolo, que resulta anticuada e inadecuada. Igualmente, ocurre con la ubicación del dolo en la culpabilidad: en la actualidad nadie (dicha esta generalidad, al menos, en términos muy mayoritarios) coloca el dolo en tal elemento.

En feliz expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, de 23 de marzo de 2005), el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se detiene a la puerta de los cuarteles. Así pues, todo lo dicho es perfectamente trasladable al ámbito judicial castrense; no solo es conveniente trasladarlo, sino absolutamente necesario.

Así, por ejemplo, en relación con la libertad de expresión, no llega con afirmar que existe un precepto que sanciona o limita la libertad de expresión, sino que ha de acudirse a los parámetros que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Al respecto, sobre la libertad de expresión y las Fuerzas Armadas, solo un pequeño apunte. Siempre es preciso acudir a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No se olvide que el CEDH es derecho aplicable en España y las sentencias del TEDH deben ser acatadas (art. 46 CEDH) y, además, en esa línea, también debe tenerse en cuenta el art. 10.2 de nuestra Constitución.

El art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

El art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su apartado 1.º establece el derecho a la libertad de expresión y en su apartado 2.º la posibilidad de restricciones o sanciones, siempre que:

1. Tales limitaciones o sanciones se encuentren previstas por la ley.

Se refiere a la ley en sentido formal. Por consiguiente, no son atendibles limitaciones establecidas en reglamentos o en otro tipo de disposiciones.

2. Tienen que ser medidas necesarias en una sociedad democrática.
3. Han de adoptarse por algún fin legítimo. Estos fines son los establecidos en el propio art. 10.2 del CEDH, que son: «para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

Este tribunal declara la importancia primordial de la libertad de expresión. Es más, indica que «78. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas de su progreso y para la realización personal de cada individuo. De acuerdo con el apartado segundo del artículo 10, es aplicable no sólo a la “información” o “ideas” que son favorablemente recibidas, entendidas como inofensivas o percibidas como indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, sorprenden o perturban. Así lo exige el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras, sin los cuales no existe “sociedad democrática”. Tal y como establece el artículo 10, la libertad de expresión está sujeta a excepciones las cuales, sin embargo, deben establecerse de manera estricta, debiendo argumentarse la necesidad de restricciones de forma convincentemente (ver, entre otras *Handyside v. Reino Unido*, 7 de diciembre 1976, § 49, Series A n.º 24; *ditions Plon v. France*, n.º 58148/00, § 42, ECHR 2004 IV; y *Lindon, Otchakovsky Laurens y julio v. Francia* [GC], nos.21279/02 y 36448/02, § 45, ECHR 2007 IV) (Sentencia *Axel Springer AG contra Alemania* de 7 de febrero de 2012)». Y, aunque son posibles restricciones estas han de estar establecidas por la ley, y, además, han de perseguir fines legítimos. En palabras del TEDH «24. Una interferencia contraviene el artículo 10 del Convenio, a menos que esté “establecida por la ley”, persiga uno o más fines legítimos a los que se refiere el párrafo segundo del art. 10 y “sea necesaria en una sociedad democrática” para conseguir tal fin o fines». (Sentencia *Schachsach contra Austria*, de 13 de noviembre de 2003)».

Y como explica esta misma sentencia «29... (iv) El adjetivo necesario, en el sentido que le da el artículo 10 apartado 2.º del Convenio implica la existencia de “una necesidad social apremiante”».

De manera que, como dijimos, tres son los parámetros a tener en cuenta: a) que la restricción se encuentre prevista por la ley; b) que la restricción persiga un fin legítimo; y, c) que la restricción sea necesaria en una sociedad democrática, en cuanto que resulte ser apremiante socialmente.

Así pues, no basta con examinar si la infracción y la sanción están previstas por la ley; pues son necesarios los tres parámetros indicados. «Este Tribunal recuerda que las palabras “prevista por la ley” que figuran en los artículos 8 y 11 del Convenio implican, antes que nada, que la medida incriminada tenga una base en derecho interno pero también que la ley en cuestión reúna las notas de la accesibilidad a las personas afectadas y de formulación bastante precisa para permitirles, disponiendo cuando sea preciso de asesoramiento clarificador, prever con un grado razonable de acierto en las circunstancias del caso las consecuencias que pueden resultar de una actuación determinada (Sentencias *Sunday Times c. Reino Unido* [nº 11] de 26 de abril de 1979, serie A nº 30, p. 31, §49; *Larissis y otros contra Grecia* de 24 de febrero de 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, p. 378, §40, *Hashman y Harrup c. El Reino Unido* [GC], nº 25594/94, §31, CEDH 1999-VII, *Iglesia metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia*, nº 45701/99, CEDH 2001-XII).

Para responder a esas exigencias, el derecho interno debe ofrecer una cierta protección contra los ataques arbitrarios del poder público a los derechos garantizados por el Convenio. Si el poder discrecional otorgado al ejecutivo no conociese límites, cuando se tratase de cuestiones relativas a derechos fundamentales, se produciría una quiebra del Estado de Derecho, caracterizado por la preeminencia del derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática que se consagra por el Convenio. En consecuencia, deben definirse la extensión y modalidades de ejercicio de tal poder con claridad suficiente (sentencias *Hassan y Tchaouch c. Bulgaria* [GC], nº 30985/96, §84, CEDH 2000-XI; sentencia N.F. ya citada, §29).

El nivel de precisión de la legislación interna --que no puede en ningún caso prever todas las hipótesis-- depende de una buena medida del contenido del Instrumento en cuestión, del ámbito de la materia que esté llamado a cubrir y del número y estatuto de aquellos a los que se dirige (sentencia *Hashman et Harrup ya citada*). (Sentencia *Maestri contra Italia*, de 17 de febrero de 2004)».

Es necesario argumentar por qué la interferencia en el derecho a la libertad de expresión es necesaria en una sociedad democrática para cumplir los fines específicamente establecidos en el art. 10 del CEDH.

Precisamente, como no podía ser de otra forma, el TEDH se refiere al principio «en virtud del cual la convención protege los derechos no de forma teórica o ilusoria sino de forma concreta y efectiva (ver como ejemplo *Artico c. Italia* 13 de mayo de 1980, 33 serie A nº 37). Este principio debe ser respetado cuando se trata de apreciar una injerencia en el ejercicio del derecho. El TEDH continúa

diciendo que los argumentos invocados por el gobierno deben estar expresados de forma concreta y efectiva sobre alguna de las causas enunciadas en el párrafo 2 del artículo 10 de la convención. En tanto que excepciones al ejercicio derecho a la libertad de expresión éstas son llamadas a un examen atento y cuidadoso por parte del TEDH. Estima que la tarea de información y de control realizada por los medios informativos se extiende igualmente sobre los actos de las fuerzas armadas; así, la exclusión absoluta de un debate público de cuestiones relativas a las fuerzas armadas no es aceptable. En consecuencia, conviene verificar si la divulgación de los documentos y la publicación del artículo eran susceptibles de causar a los intereses del país un "perjuicio considerable" (ver en el mismo sentido, *Hadjainastassiou*, ya citado 45)».

Por tanto, la necesidad (imperiosa) debe ser examinada en relación con los fines legítimos, de forma que, en otro caso, se produzca para los intereses del país un «perjuicio considerable». Que exista en el ordenamiento interno una norma que permita la injerencia en un derecho fundamental, es preciso, pero no es desde luego suficiente.

Lo mismo ocurre con las garantías procesales penales. El sistema de la LECrim., o de la Ley procesal militar son anticuados, aunque esta sea muy posterior en el tiempo.

Me he referido a la instrucción por el Ministerio Fiscal, y así lo vengo defendiendo, como dije, desde hace décadas, no hay razón que justifique que no lo vea necesario en la justicia militar. Los jueces togados dejarán sus competencias instructoras que serán asumidas por la Fiscalía y los jueces togados pasarán a ser jueces de garantías. Figura que ya existe mínimamente en nuestro país en lo relacionado con la Fiscalía europea.

Debo insistir en que quien piense que la justicia castrense es especial y un reducto que no necesita ajustarse a los tiempos, está absolutamente equivocado.

La ley procesal militar no prevé ninguna de las medidas que hoy utilizan con profusión los jueces de la llamada jurisdicción ordinaria¹⁰⁵. Sin recurrir a ellas es difícil investigar ciertos delitos cada vez más habituales.

Me refiero a la intervención de las comunicaciones, cesión de datos de tráfico de las comunicaciones, examen de soportes informáticos, acceso remoto desde puntos de conexión —pues lo que tradicionalmente se encontraba en un registro domiciliario, hoy día se encuentra archivado en una *nube* o en un servidor—, colocación de dispositivos de seguimiento y vigilancia, utilización de artificios técnicos que permitan la grabación de las conversaciones o, en determinados supuestos, la recogida de imágenes, vigilancias policiales sistemáticas, etc.

Estas medidas se vienen adoptando en el ámbito judicial militar debido a la aplicación supletoria de la LECrim.

105 Sobre mi punto de vista de lo que es la jurisdicción ordinaria, véase Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 7.ª ed., 2019, pp. 773 y ss.

Esto plantea la cuestión sobre si es conveniente, o no, tener una ley que regule el procedimiento militar o basta con utilizar el procedimiento o los procedimientos de la LECrim. Como la tendencia es remendar la LECrim., y olvidarse de la jurisdicción militar, resulta más conveniente, sin duda, regular la jurisdicción militar por medio de la misma ley; así cualquier cambio quedará en la ley que va a utilizar la jurisdicción castrense.

No he olvidado que la ley procesal militar tiene una disposición para que se aplique como supletoria la LECrim., pero lo cierto es que no siempre es posible. Por ejemplo, la LECrim., ha regulado la doble instancia penal y, al parecer, solo con la aplicación supletoria de la LECrim., no es suficiente para organizar la segunda instancia en la jurisdicción castrense.

Subrayo lo de «al parecer», porque no estoy de acuerdo. A mi juicio, es posible organizar tal segunda instancia, precisamente porque España ha ratificado su existencia en el enjuiciamiento de delitos y con la supletoriedad puede darse el paso, pues se trata ni más ni menos que un derecho del condenado que se encuentra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

¿Es posible organizar una segunda instancia en la jurisdicción castrense? En la actualidad, los Tribunales militares son Tribunales de fuero: la tropa, suboficiales, y oficiales hasta el empleo de capitán, cualquiera que sea el delito, son enjuiciados por los Tribunales Territoriales; los oficiales a partir del empleo de comandante (o capitán de corbeta) por el Tribunal Militar Central, salvo las más altas graduaciones que tienen fuero para ser enjuiciados ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo (capitanes generales, generales de Ejército y de Aire y almirantes generales y tenientes generales y almirantes).

Manteniendo este sistema, no es posible organizar una segunda instancia con algo de sentido. Entonces, ¿cómo se haría?

Los Tribunales Territoriales, que habrán de estar presididos por coroneles, conocerán de las causas hasta dicho empleo. Tales causas tendrían su segunda instancia ante una Sala de Apelación constituida en el Tribunal Militar Central.

Una Sala de Primera Instancia del Tribunal Militar Central tendría competencia para el conocimiento y fallo de los asuntos referentes al empleo de general de brigada o contralmirante en adelante. Y, además, este tribunal tendría junto a la Sala de enjuiciamiento otra Sala de Apelación, donde se residenciaría la segunda instancia respecto de los asuntos de que conocieran en primera instancia los Tribunales Territoriales y la Sala de Primera Instancia del propio Tribunal Militar Central.

Evidentemente, en ambos casos, después de las dos instancias habría un recurso de casación ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo, sala esta que continuaría instruyendo conociendo, en única instancia, de los pronunciamientos a que se refiere el art. 23.2 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre Competencia

y Organización de la Jurisdicción Militar (capitanes generales, generales de Ejército y del Aire y almirantes generales, tenientes generales y almirantes).

Por otra parte, los destinos en los puestos judiciales no serían cambiantes en función de destinos y empleo militares. Sería preciso escoger, en determinado momento, entre la rama de asesoría y la rama judicial; y, en esta se elegirá entre juez o fiscal. El juez de garantías lo será hasta que, en su caso, obtenga plaza en el Tribunal Militar Territorial, o en el Tribunal Militar Central. Los cargos de juez y fiscal no serán vasos comunicantes.

Probablemente, el sistema de denuncias que deben realizarse por el conducto reglamentario, va a sufrir, y debe sufrir, ciertos cambios.

En efecto, el art. 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, señala en el apartado primero que «será lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información».

Y no se crea que esto afecta únicamente a las entidades de derecho privado, pues el apartado 5.º de dicho artículo indica que «los principios de los apartados anteriores serán aplicables a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas».

Esto va en la línea de la Directiva respecto a los llamados *whistleblowers*. Me estoy refiriendo a la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, cuyo plazo para transponerla finalizó el 17 de diciembre de 2021, si bien, todavía no se ha aprobado la correspondiente ley (aunque existe un anteproyecto).

Por otra parte, en cuanto a la prueba ex officio acordada por el tribunal el art. 486 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, dispone: «el Tribunal podrá también acordar, de oficio, el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.

Concluida la fase probatoria, el Tribunal podrá también acordar, antes o después de la vista o señalamiento para fallo, la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare procedente.

Las partes tendrán intervención en las pruebas que se practiquen por iniciativa del Tribunal. Si éste hiciera uso de su facultad después de celebrarse la vista o señalamiento para fallo, el resultado de las diligencias de prueba se pondrá de manifiesto a las partes, las cuales podrán, en el plazo de tres días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e improcedencia».

Antes de nada, hemos de precisar que es indiferente que se trate de un procedimiento disciplinario o un juicio penal, pues en ambos se trata de la aplicación del *ius puniendi* del Estado y, en ambos, debe respetarse la Constitución y los principios que se derivan de ella.

Se trata de una norma jurídica que faculta al tribunal a acordar de oficio pruebas «antes o después de la vista o señalamiento». Ahora bien, como toda norma debe ser objeto de interpretación a la luz de los principios que dimanan de nuestra Constitución. Y, la posibilidad de acordar el Tribunal de oficio cualquier prueba es algo especialmente delicado, pues implica que el tribunal salga de su estática posición para adoptar alguna medida y, eso, queda fuera del sistema acusatorio y se acerca mucho al sistema inquisitivo. El tribunal no puede perder o, al menos, parecer que pierde, la imparcialidad ni afectar al principio de igualdad de armas, pues, como dijimos, tal actuación cambia profundamente el sistema de enjuiciamiento.

En el sentido indicado, la STS, 2.ª, de 1 de diciembre de 1993 considera que la prueba acordada de oficio es una prueba obtenida con «violación de derechos fundamentales». Igualmente, en la STS, 2.ª, 626/2007, de 5 de julio, se explica que el juicio acusatorio impone que «el órgano judicial no puede sustituir a las partes, sino presidir el debate y recepcionar la prueba que éstas han presentado». Así pues, es preciso realizar una interpretación muy restrictiva del art. 486 de la Ley procesal militar, para que su aplicación no conculque los principios constitucionales y socave los cimientos del Estado de derecho. Este impone la sujeción a la ley, pero interpretada esta conforme a los principios constitucionales. Y, lo mismo debe aplicarse a la posibilidad (demasiado frecuente, por cierto, en el ámbito militar) del tribunal de realizar preguntas al acusado (salvo, en su caso, las relativas a la conformidad), a los testigos o a los peritos. El tribunal no puede salirse de su posición estática.

También debe tenerse en cuenta que en cuanto que existan fondos europeos comprometidos el encargado de la instrucción es la Fiscalía Europea y el juez de garantías será el determinado de la Audiencia Nacional. Esto no queda afectado ni alterado porque se trate del ámbito de la denominada jurisdicción castrense. Y, la cuestión no es de laboratorio, sino que vienen y van a venir fondos europeos al Ministerio de Defensa. ¿Está previsto para tales casos, qué órgano será o funcionará como juez de garantías?

A nuestro juicio, deberían ser los Juzgados Togados Militares Centrales de Instrucción.

En relación con el Código Penal Militar, será breve.

No tiene sentido en aras de la brevedad colocar en un artículo del Código Penal Militar varios tipos, que en algunas ocasiones llegan a doce. Esa forma

de tipificar conduce a que se pierda la descripción y el tipo-garantía¹⁰⁶ deje de existir. El principio de taxatividad es básico en la descripción típica.

En el Código Penal Militar¹⁰⁷ llama la atención tanto lo que está como lo que no está. Se ha partido de la idea de que solo deben encontrarse en el Código Penal Militar delitos estrictamente militares. Punto de partida correcto, pero ¿existe algún delito más estrictamente militar que la rebelión? Pues tal delito, al parecer no lo es, puesto que no está en el Código Penal Militar, más que en caso de «conflicto armado internacional».

La rebelión militar es una traición y estos delitos debían regularse con cierta sistemática; no solo el espionaje es traición que, además, está en un capítulo aparte. La traición militar está regulada en el art. 24 del Código Penal Militar, pero no solo ahí, dado que también hay que acudir al art. 9.2.a) para tener una visión algo más completa.

Tampoco parece muy acertado el tratamiento de los delitos contra el patrimonio que expresamente se refiere a delitos de hurto, robo, apropiación indebida y daños, centrándolos únicamente en el equipo reglamentario... etc. Con grave falta de determinación típica pues el presupuesto de hecho de un hurto o de un robo son distintos y, a su vez, son distintos a los de la apropiación indebida. Sin perjuicio, de añadir que se ha olvidado el legislador el delito de administración desleal. Y, ¿de definir la conducta típica!

Y, ¿qué decir de los delitos de asesinato u homicidio? No están. Si, ya sé que — por costumbre— se incluyen en lo que llama el Código Penal Militar el «insulto a superior». Ciertamente sorprende que matar a alguien sea insultarle. Si leemos el verbo rector del tipo (art. 42) es «maltratar» y si hemos de acudir al Código Penal ordinario, en este, tal verbo se utiliza para el delito de lesiones. Y, no se diga que no hay que acudir al Código Penal ordinario, pues el Código Penal Militar es tributario de aquel. Basta con referirnos al art. 82 donde utiliza nombres de delito (robo, hurto, apropiación indebida, daños) sin describir la conducta y para su determinación habrá que acudir al Código Penal ordinario. La remisión no puede ser más incompleta, ¿cuándo se refiere al hurto, es solo al art. 234 o también a los arts. 235 y 236? Lo mismo en cuanto al robo, ¿se refiere al art. 237, o también a los demás artículos relativos a «los robos»?

Y, ¿los delitos de posesión? Su regulación no es excesivamente correcta, pues la diferenciación entre el art. 75.2 y el art. 76 no tiene razón de ser.

2.2.2. **Ámbito sancionador**

106 En el sentido de Roxin. (1970). *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*.

107 Al respecto, me remito a lo que más desarrollado digo en Barja de Quiroga. «Introducción al Código Penal Militar: el delito militar». En: *Derecho militar*. Coord. Matamoros, en prensa.

También el ámbito sancionador requiere cambios¹⁰⁸.

Hoy día la sociedad contempla de otra forma, muy diferente, al Estado, pues cambia sus competencias. De un sistema individualista (egoísta) se ha pasado a un sistema, intervencionista (solidario). Y, de ahí a una concepción del Estado totalmente diferente. También, lógicamente cambia la visión respecto al ilícito administrativo.

De ahí que hoy día se hable de bienes jurídicos y se traslade toda la doctrina y garantías penales al ámbito de los ilícitos administrativos.

Esta evolución también ha ocurrido en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

En la actualidad, se parte de considerar que el *ius puniendi* se aplica tanto mediante el derecho penal como mediante el derecho administrativo sancionador, que tiene determinados caracteres.

- No reglamentos de policía sino leyes orgánicas.
- Tratamiento de las normas sancionadoras como tipos (penales) sancionadores.
- Reconocimiento de bienes jurídicos en el ámbito administrativo.
- Aplicación de todo el aparato judicial de recursos como si se trataran de penas (y no sanciones administrativas); lo que es correcto.
- Aplicación, en consecuencia, de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰⁹.
- Aplicación del principio de imparcialidad y aplicación de las normas sobre abstención y recusación.
- Aplicación (escasa) del principio de oportunidad. Así en la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 5.2, c y d) donde se habla del principio de oportunidad en cuanto a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; y, por ejemplo, la reducción de las sanciones en el ámbito del tráfico viario.
- El derecho al silencio, reconocido en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador (derecho penal administrativo), tanto por el TEDH como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; así, STJ (Gran Sala) de 2 de febrero de 2021 conforme a la cual el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no debe sancionarse a una persona física que en el marco de una investigación se niegue a dar respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal.

108 Al respecto, me remito a lo que expongo en Barja de Quiroga. (2021). «Las sanciones administrativas». *Libro homenaje a Luis Cazorla Prieto*, II, pp. 87 y ss.

109 Al respecto, me remito a Barja de Quiroga. «El valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su relación con la jurisdicción militar». *Rev. Esp. de derecho militar*, 102, pp. 73 y ss.

- En efecto, con carácter general, se considera aplicable a las sanciones disciplinarias, todas las garantías del procedimiento penal.

Es verdad, que suele añadirse que son de aplicación tales garantías «conciertos matices», siempre que cohonesten con «su esencia», y frases similares, pero lo cierto es que tales «excepciones» nunca aparecen. Y, la realidad es que se aplican todas las garantías del proceso penal al trámite administrativo y judicial sobre la imposición de las sanciones administrativas. Claro está que la diferencia se encuentra en que las sanciones penales se imponen por un juez y las administrativas por la Administración, y ello supone una gran diferencia, que tal vez deba reflexionarse sobre ello, esto es, sobre la conveniencia de que en determinados casos la sanción fuera impuesta judicialmente.

Dejando tal diferencia aparte, cabe afirmar que todas las garantías con que se rodea el ejercicio del *ius puniendi* van a aplicarse cuando se trata de sanciones administrativas, pues no debe existir ninguna duda que se trata de una forma de ejercicio del *ius puniendi*.

Así como muestra podemos acudir a la STC 7/1998, de 13 de enero, en la que se relata que «así, partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones “sin observar procedimiento alguno” (STC 18/1981, fundamento jurídico 3º), se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías derivadas del art. 24 C.E. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión (SSTC 4/1982, 125/1983, 181/1990, 93/1992, 229/1993, 293/1993, 95/1995, 143/1995); el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones (SSTC 2/1987, 128/1996, 169/1996); el derecho a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 29/1989, 145/1993, 297/1993, 195/1995, 120/1996), con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados (SSTC 98/1989, 145/1993, 160/1994); el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 120/1994, 154/1994, 23/1995, 97/1995, 14/1997, 45/1997), que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración (STC 197/1995, 45/1997), con la prohibición absoluta de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (STC 127/1996); el derecho a no declarar contra sí mismo (STC 197/1995, 45/1997); o el derecho a la utilización de los medios de pruebas adecuados a la defensa (SSTC 74/1985, 2/1987, 123/1995, 212/1995, 297/1995, 97/1995, 120/1996, 127/1996 83/1997), del que se deriva que vulnere el art. 24.2 C.E. la denegación inmotivada de medios de prueba (STC 39/1997)».

Además, esta sentencia, como no podía ser de otra manera, añade el deber de motivar las sanciones administrativas. Señala que «debe afirmarse la relevancia constitucional del deber de motivar las resoluciones administrativas sancionadoras. Frente a la regla general, conforme a la cual el deber de

motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras). También en relación con actos administrativos que impongan sanciones. El derecho a la motivación de la resolución sancionadora es un derecho instrumental a través del cual se consigue la plena realización de las restantes garantías constitucionales que, como hemos visto, resultan aplicables al procedimiento administrativo sancionador».

Así pues, en la actualidad, siguen existiendo problemas y son precisos ciertos cambios, al menos, en relación con:

- El principio non bis in idem
- La caducidad
- La retroacción de actuaciones
- La necesidad de una segunda instancia¹¹⁰
- El derecho al silencio en asuntos administrativos¹¹¹ cuyo siguiente paso debe ser el relativo a la no entrega de documentación.

110 Véase al respecto, STEDH, *Saqueti Iglesias contra España*, de 30 de junio de 2020.

111 Véase al respecto, STJUE de 2 de febrero de 2021, asunto C-481/19.



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE DEFENSA

SUBSECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL

