REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

52
JULIO
DICIEMBRE
1988

Escuela Militar de
Estudios Juridicos de
la Defensa

Ministerio de Defensa

Revista Española de Derecho Militar

CONSEJO ASESOR

Don VIRGILIO PEÑA PEÑA, *General Consejero Togado.* Don Jose FRANCISCO de QUEROL LOMBARDERO, *General Consejero Togado.* Don FRANCISCO JAVIER SANCHEZ DEL RIO Y SIERRA, *Magistrado del Tribunal Supremo, General Consejero Togado* (2º. R.).

DIRECTOR

Don JOSE LUIS FERNANDEZ-FLORES, *Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado, General Consejero Togado* (2º. R.)

SECRETARIO

Don JOSE LUIS RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *Coronel Auditor.*

SECRETARIOS ADJUNTOS

Don JOSE MARIA SANCHEZ SILVA, *Comandante Auditor* y Don MANUEL HERNANDEZ-TEJERO GARCIA y Don FEDERICO FERNANDEZ DE BUJAN Y FERNANDEZ, *Capitanes Auditores.*

CONSEJO REDACCION

Don JUAN GOMEZ CALERO, *Coronel Auditor.* Don FRANCISCO BLAY VILLASANTE, *General Auditor,* Don MIGUEL SAENZ SAGASETA DE ILURDOZ, *Coronel Auditor.* Don ANTONIO MILLAN GARRIDO, *Comandante Auditor.* Don ANTONIO MOZO SEOANE, *Teniente Coronel Auditor.* Don AGUSTIN CORRALES ELIZONDO, *Teniente Coronel Auditor.*

CORRESPONSALES

R.M. Centro. Don EMILIO DE MIGUEL ZAMORA, *Coronel Auditor.* **R.M. Sur.** Don JOSE ROJAS CARO, *Coronel Auditor.* **R.M. Levante. Don JOSE LUIS PALAU GIMENO, *Coronel Auditor.*** R.M. Pirenaica O. **Don FERNANDO PEREZ ESTEBAN, *Coronel Auditor.*** R.M. Pirenaica OCC. **Don GONZALO GUTIERREZ LANZA, *Coronel Auditor.*** R.M. Noroeste. **Don LUIS MIGUEL MASIDE MIRANDA, *Teniente Coronel Auditor.*** Z.M. Canarias. **Don JUAN LOPEZ-MONTERO VELASCO, *Comandante Auditor.*** Z.M. Baleares. **Don EDUARDO CALDERON SUSIN, *Teniente Coronel Auditor.***

Jur. Cent. Don FERNANDO MARIN CASTAN, *Capitán Auditor.* Z.M. Medit. Don JOSE RAMON FERNANDEZ AREAL, *Coronel Auditor.* Z.M. Estrecho. **Don EMILIO CORBACHO DOMINGUEZ, *Teniente Coronel Auditor.*** Z.M. Canarias. **Don JOSE FEDERICO DURET ARGUELLO, *Capitán Auditor.*** Z.M. Cantábrico. **Don EUGENIO PEREIRA GONZALEZ, *Comandante Auditor.***

1.ªR.A. Don JUAN MANUEL GARCIA LABAJO, *Comandante Auditor.* 2.ª R.A. **Don PEDRO MORCILLO GUITERREZ, *Coronel Auditor.*** 2.ª R.A. **Don JULIAN PEÑA PARAVELA, *Teniente Coronel Auditor.*** Z.A. Canarias, **Don JUAN ANTONIO SENEN RAMIREZ, *Comandante Auditor.***

Precio de este número 500 ptas.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

52 JULIO DICIEMBRE 1988

MADRID

Revista española de Derecho Militar

La Dirección de la Revista no se identifica con las opiniones o juicios que los autores expongan en uso de la libertad intelectual que cordialmente se les brinda.

© Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa

Edita: MINISTERIO DE DEFENSA
Secretaría General Técnica
NIPO: 076-89-019-9
ISSN: 0034-9399
Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Gráficas MAR-CAR, S.A.
Ulises, 95
28043 MADRID

NECROLOGICA: FERNANDO DE QUEROL

Con el sentimiento por la muerte de quién fue mi compañero y compañero de destino, escribo estas cortas líneas para lamentar que ya no esté entre nosotros y alegrarme con la certidumbre de que ahora está mejor.

Fernando de Querol Lombardero nació en Madrid el 15 de enero de 1928, se licenció en Derecho, en 1953, por la Universidad de Murcia y en el año 1955 fue número uno de su promoción en las oposiciones al Cuerpo Jurídico de la Armada. En su vida profesional pasó por la Auditoría de Cartagena, la Asesoría del Ministerio de Marina, el Patronato de Casas de la Armada, la Auditoría de la Flota y la Asesoría del Jefe de Estado Mayor de la Defensa. Murió en Madrid, el 19 de agosto de 1988.

Llevando por su padre un nombre, que en el Derecho militar nos honra a todos, y con múltiples vinculaciones familiares a la tarea de la justicia dentro de los ejércitos, cumplió con su deber hasta que el avanzado estado de su enfermedad se lo impidió materialmente. Su trabajo fue ejemplo de esmero y de buen hacer, producto de una sólida preparación jurídica, de una inteligencia penetrante y de una razón analítica y clara.

Su gran formación humanística y su denso acervo cultural no fueron anejos a este deber bien cumplido.

Fue un hombre bueno, caballero, sencillo, afable y sacrificado cuando la ocasión lo requería. Fue cristiano esperanzado y temeroso de Dios. Fue amigo de todos. Fue amigo mio y por eso sé que todo lo que estoy escribiendo es verdad.

Perteneció al Consejo de Redacción de esta Revista y ahora lo echamos de menos.

¡Que Dios, Fernando, te de su descanso y a nosotros la memoria para recordarte siempre!.

JOSE LUIS FERNANDEZ FLORES

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

José Luis FERNANDEZ-FLORES
Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado

I. INTRODUCCION

I. La cuestión de las *relaciones entre el D.I. Público y el D.I. Privado,* envuelve una serie de implicaciones que desbordarían sobradamente la intención de este trabajo si no nos limitásemos a apuntar una problemática, ya bastante tratada doctrinalmente.

La verdad es que, los autores, cuando se plantean esta cuestión, lo hacen desde *perspectivas muy diferentes*. Para unos se trata de examinar el conjunto de tales relaciones en tanto que para otros, la idea es la de reflexionar sobre los puntos en que, ambas materias, coinciden o difieren con la pretensión de acercarlas o de distanciarlas.

El hecho de que nos vayamos a ceñir en este breve estudio, a un apunte sistemático de las relaciones entre el D.I. Público y el D.I. Privado, no nos exime de comenzar por hacer una alusión a las dificultades que ya encierra la propia *terminología* y particularmente, las expresiones con que se designa a una y a otra materia. Incluso se llega a decir, en este sentido, como, lo hace POTTER (1), que "the phrase 'international public law' involves concepts and implications similar to those which underlie the phrase 'international private law' and must be discarded for reasons similar to those which render that phrase misleading".

La realidad es que, el problema, se presenta *muy acuoso* y buena prueba de ello se tiene en las palabras de MIAJA(2), cuando dice que "en sentido estricto, no habría inconveniente ninguno en prescindir de la diferenciación entre Derecho internacional público y privado y tratar dentro del primero las materias tradicionalmente comprendidas en el último. Sin embargo, diferencias muy sensibles en cuanto a la génesis de unas y otras normas, a la

(1) POTTER, P.B.; *A Manual Digest of Common International Law,* New York, 1932, pág. 2.
(2) MIAJA DE LA MUELA, A.: *Introducción al Derecho Internacional Público,* Madrid, 1968, págs. 40-1; la frase varía en la 7ª edición, pág. 38.

técnica necesaria para tratar las respectivas cuestiones y hasta a los conocimientos instrumentales necesarios para el estudioso de cada una de ellas, aconseja mantener una separación que tiene mucho de artificial".

Y es que *la doctrina se mueve entre los dos extremos* de la negación de la diferencia entre las dos ramas jurídicas internacionales y la afirmación de su diferencia. Como afirma BATIFFOL(3), "un curieux contraste s'observe actuellement dans l'opinion juridique sur les liens entre les deux branches du droit que la terminilogie reçue présente comme les deux espèces du droit international". Plantear el problema en términos de identidad o diferencia, no es nada más que otra manera de apuntar hacia las relaciones más próximas o más distantes entre el D.I. Público y el D.I. Privado, pues por el primer camino, basta dar un paso para hablar de identidad y, por el segundo, basta seguir un poco más para hablar de separación.

Un *planteamiento "in extenso"* del problema de estas relaciones, supondría escribir un tratado. Basta pensar que habría de partirse del fundamento último de ambas disciplinas. La adopción, por ejemplo, de una postura iusnaturalista o positivista, conduciría a resultados distintos: el que se tome el Derecho como "un producto de la voluntad o como esencia de la razón", en expresión de GARCIA ARIAS(4), posiblemente produciría un punto de vista diverso. De aquí que hayamos decidido limitar este apunte, a las cuestiones más relevantes.

El problema de estas relaciones, por otra parte, y esto es digno de resaltar, se plantea mucho más frecuentemente *por parte de los iurisinternacionalprivatistas* y se plantea en términos de defender la identidad del D.I. Privado frente al Público. La explicación que cabe, es la de que el primero "siente" su dependencia respecto al segundo, en cuanto parece que este se ha "apoderado", por así decirlo, de los fundamentos sobre los cuales resposa toda la problemática del conflicto de leyes y la que habitualmente se le adhiere. Ya, en el siglo pasado y en este sentido, advertía FOELIX(5), que "el principio de la aplicación de las leyes extranjeras en el territorio de una nación pertenece, no al Derecho privado, sino al Derecho de gentes; aunque en el fondo se trate de aplicar disposiciones de Derecho privado, sin embargo, esta aplicación solo tiene lugar por consecuencia de relaciones de nación a nación".

Efectivamente, el *D.I. Público* se ha apoderado del problema de la "soberanía" y, consecuentemente, de la cuestión de la división del mundo en Estados soberanos. Es esta, materia que tradicionalmente se estudio dentro de la rama pública internacional. Y como lo que ocurre es que el D.I. Privado, existe precisamente por la división del mundo en Estados soberanos

(3) BATIFFOL, H.: *Points de contact entre le droit international public et le droit international privé*, R.E.D.I., v.XXV-1-4 (1972), pág. 77.
(4) GARCIA ARIAS, L.: *Las concepciones iusnaturalistas sobre la fundamentación del Derecho Internacional*, en Estudios y Doctrina del Derecho Internacional, Madrid, 1964, pág. 19.
(5) FOELIX: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1860, T.I., pág. 19.

diferentes, con legislaciones y jurisdicciones diferentes, se ha concluído, sin más, por algunos, que este, depende del D.I. Público. Y lo curioso es que el D.I. Privado ha llegado a adquirir un *complejo de "dependencia"* del cual intenta constantemente desligarse.

Y, sin embargo, este no es un planteamiento correcto, en último término, pues la realidad es que la división del mundo en Estados soberanos es *el punto de partida*, tanto de una como de otra disciplina y a ambas pertenece por igual. Así, la postura de algunos autores de decir que si no existiese el D.I. Público no podría existir el D.I. Privado, es, cuando menos, confusa, pues lo adecuado sería decir que si el mundo no estuviese dividido en Estados sobernos, no existiría el D.I. Privado (ni tampoco el D.I. Público).

II *Si recorremos la bibliografía* sobre el tema de estas relaciones, podemos observar que la misma gira en torno de algunos *puntos claves:* 1º) El de la identidad o diferencia de las *relaciones* que regulan una y otra disciplina. 2º) El de las normas o, en otro sentido, el de las *fuentes* de las normas que se aplican para resolver las cuestiones que se plantean cada una de estas ramas jurídicas; 3º) El muy concreto de los *sujetos* a los cuales, las normas de una y otra, se dirigen y la forma en que lo hacen; 4º) El del problema de las *"competencias"*, por la forma en que cada materia lo acomete; 5º) El de los *"actos"* internacionales de los sujetos de una rama y de la otra. En este orden, vamos a acometer el problema de las relaciones concretas entre el D.I. Público y el D.I. Privado.

II. Relaciones

I. *Tradicionalmente, se viene diciendo* que el *D.I. Público regula relaciones de Derecho público* y el *D.I. Privado, relaciones de Derecho privado.* Esto supone aplicar en el terreno del D.I., la tradicional también distinción entre el Derecho público y el privado, distinción puesta en tela de juicio, pero todavía útil, al menos a fines didácticos, en el Derecho interno.

Si aceptamos este planteamiento, el problema se centra en si tal distinción *es trasladable* y cómo al D.I.; sin entrar a fondo en el tema, digamos que ya, de inicio, se presenta la dificultad de la distinción en la esfera del Derecho estatal interno.

Efectivamente, la *distinción no es fácil.* En un intento de distinción técnica, dice GOLDSCHMIDT(6), que "desde el punto de vista científico, el Derecho privado constituye el conjunto de repartos autónomos, comprendiendo el Derecho público todos los repartos autoritarios. Sin embargo, urge tener en cuenta que la división histórica entre Derecho privado y Derecho público, si bien descansa entre reparto autónomo y reparto autoritario,

(6) GOLSDCHMIDT, W.: *Suma de Derecho Internacional Privado,* Buenos Aires, 1961, pág. 13.

se superpone a la distinción científica, toda vez que agrupa las disciplinas según que preferentemente contemplen repartos autónomos o repartos autoritarios", lo cual nos situa en la realidad de que esta distinción solamente se puede intentar a base de criterios de aproximación. Porque es lo cierto que, tanto en lo interno como en lo internacional, no haya un dato absolutamente válido para hacer la distribución. Esto, juntamente con que algunas materias tienen una doble vertiente, pública y privada, complica sobremanera la cuestión.

Por otra parte, el problema de *si la distinción es trasladable* del orden jurídico interno al orden jurídico internacional, tampoco tiene una solución unánime, ya que muchos autores piensan que *no es posible*. Que esta postura viene de lejos, lo confirma el que ya CONDE Y LUQUE(2), decía que "cosa diferente ocurre en el orden internacional, donde es otro el criterio de división entre Derecho público y privado. Comprende el primero las relaciones entre Estado y Estado, cuyos términos son naturalmente, dos grandes personas morales soberanas y nada más; porque aquí no caben las otras relaciones entre el Estado y el ciudadano que estudiamos en el Derecho público interno".

Ciertamente que la distinción no es trasladable en estado puro, del D. interno al D.I., pero nada hay que impida que, con las necesarias transformaciones, pueda *realizarse el traslado*. Lo que importa es referir la cuestión a la idea del Estado que, al fin y al cabo, es la piedra angular de la misma.

En este sentido, *se dice habitualmente* que el *D.I. Público* regula las relaciones entre Estados, en tanto que el D.I. Privado regula las relaciones entre indivuduos de diferentes Estados. Como idea elemental, este planteamiento es válido, pero la verdad es que, a poco que se profundice, ya no resulta tan claro. Y además daría una idea falsa marcando una distinción y separación absoluta entre ambas disciplinas, que realmente no existe. Esto nos obliga a matizar.

Es cierto que el D.I. Público, por principio, regula las relaciones entre los Estados, pero esto no quiere decir que se agote aquí su función. En la esfera de la actividad internacional, también se mueven otros objetos, algunos de los cuales han recibido ya su patente de personalidad jurídico-internacional o están en trance de recibirla; en esta línea se encuentran las Organizaciones internacionales y el individuo como tal, independientemente de su condición de nacional de un país. Y el D.I. Público, también regula las relaciones en que intervienen estos sujetos que no son Estados, pero que tienen también su protagonismo junto a ellos.

De este modo, podemos decir que el Estado, aún siendo el sujeto preferente del D.I., ha venido a ocupar una posición más mediatizada. Y así, decir que el D.I. regula las relaciones entre los Estados es decir solo una parte de la verdad. Hay que constatar el hecho de que, actualmente, regula

(7) CONDE Y LUQUE, R.: *Oficios de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1901, págs. 49-50.

muchas relaciones, más, aunque sólo sea porque, como dice FRIEDMANN(8), "today we are witnessing both the climax and the profound crisis o the era of the national state and of national sovereignty".

En este sentido, podemos decir que el D.I. Público ha dado un *paso adelante* y está dando otro: De regular solamente las relaciones entre los Estados, sujetos morales con soberanía, ha venido a abarcar también las relaciones en que intervienen las Organizaciones internacionales, sujetos morales sin soberanía, y está intentado extenderse a la regulación de cada vez mayor número de relaciones en que actúen los individuos. En otros términos, de la regulación de las relaciones entre unos sujetos específicos, los Estados, como única función y al mismo tiempo exclusiva, en cuanto a ninguna otra rama jurídica se ocupa de ellas, el D.I. Público ha pasado a regular también otras relaciones en que intervienen sujetos, morales o individuales, de las cuales se ocupan otras ramas jurídicas también. Los Estados, son sujetos exclusivos del D.I. Público. Los individuos, personas físicas o morales, son sujetos compartidos.

No es cuestión de entrar ahora en la explicación de lo que es la subjetividad jurídico-internacional de las Organizaciones internacionales y de los individuos. Basta constatar que el D.I. Público regula todas o parte de las relaciones en que estos sujetos intervienen.

Por su parte, el *D.I. Privado,* en principio, lo que regula son las relaciones de los individuos pertenecientes a diversos Estados, entre si. Pero tampoco aquí, como en el caso anterior, se agota la virtualidad del D.I. Privado, pues, por principio, también entran en la esfera del mismo, las relaciones que, a título privado, mantienen los Estados entre sí y las que mantienen los Estados con los individuos, en ciertos supuestos. Nos estamos refiriendo a los contratos entre Estados y a los contratos entre Estados y particulares extranjeros, que cada día van proliferando más y más. Y es que, como dice BATIFFOL(9), "les contrats entre Etats devraient povoir être placés sous le régime du droit international privé ou du droit international public, soit en raison de leurs caractères, soit para la volonté des Etats".

Aunque posteriormente volveremos sobre esta cuestión, desde otro ángulo, hay que hacer resaltar que el D.I. Privado no se limita a regular las relaciones entre individuos sino que también regula relaciones entre Estados y entre Estados e individuos.

Así, podemos concluir que la *línea de separación* entrel el D.I. Público y el D.I. Privado, a base de las relaciones que regula cada disciplina, cuando menos, *no es exactamente definida.* Si, en términos generales, el primero regula las relaciones entre Estados y el segundo, las relaciones entre individuos, en términos concretos resulta que uno y otro se interfieren.

(8) FRIEDMANN, W.: *The Changing structure of International Law,* London, 1966, pág. 31. La crisis en que actualmente se encuentra la soberanía estatal, es un lugar común acusado por la mayor parte de la doctrina.
(9) BATIFFOL, H.: *Points de contact...*, cit., pág. 89.

Nadic podría atreverse a *asegurar* que, entre una y otra disciplina, no hay diferencia por razón de estas relaciones, pero tampoco nadie se atrevería a decir que la línea de separación entre una y otra, es nítida y clara en este aspecto. Si, en vez de limitarnos a apuntar este camino de investigación, quisiéramos seguirlo fielmente hasta el final, podríamos constatar que, según fuese nuestra intención, encontraríamos argumentos para aproximar o para distanciar a ambas ramas jurídicas, quedándose la verdad en un discreto y cierto término medio.

II *Es usual decir que las normas* del *D.I. Público son de naturaleza internacional,* en tanto que las del *D.I. Privado son de carácter nacional.* En otros términos, el D.I. Público se positiviza mediante el consenso de los Estados, de forma tácita a través de la costumbre y de manera expresa a través del tratado, mientras que el D.I. Privado funciona por medio de normas positivas producto de la voluntad de cada Estado en su esfera de competencia. Siendo válido esta distinción, por principio, necesita sin embargo ser matizada.

El elemento determinante de la creación de las normas de *D.I. Público,* es el acuerdo de los Estados. Cualquiera que sea el tipo de normas, "lo decisivo es el consentimiento de los Estados, cuando se transforma en un consentimiento común y general"(10). En este sentido y sin que sean precisas mayores explicaciones, por lo que a nuestro intento presente interesa, se puede decir que todas las normas del D.I. Público, son internacionales, por su origen y, consecuentemente, por su naturaleza.

Sin embargo, lo absoluto de esta afirmación, se ha puesto por algunos en tela de juicio, aludiendo a la existencia de *actos unilaterales* de los Estados que pueden ser considerados como fuente internacional. Prescindiendo, por inoportuno, de un planteamiento extenso del problema, es cierto que existen actos directamente internos, pero indirectamente internacionales, por medio de los cuales, los Estados delimitan sus propias competencias, afectando indirectamente a terceros. Para explicar esta realidad, se ha dicho que estos actos-regla de los Estados, por los cuales delimitan sus competencias, tienen un consentimiento indirecto o implícito de los demás Estados de la Comunidad Internacional, lo que permite hablar de una fuente del D.I.(11).

Entre estos actos unilaterales de los Estados, que permitirían hablar de actos internos de los Estados como fuente internacional del D.I. Público, se citan los que determinan las competencias terrestres y marítimas de los Estados, en algunos puntos, como los que fijan las competencias estatales personales, por medio de normas sobre la adquisición de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros.

(10) V. FERNANDEZ-FLORES, J.L.: *Derecho Internacional Público, Introducción y Libro Primero, Sistema,* Madrid, 1980, pág. 524.
(11) Ibidem, pág. 616.

Por lo que respecta al *D.I. Privado,* y en atención a la naturaleza de sus fuentes normativas, se ha dicho frecuentemente que es una rama del Derecho estatal. Pero, como dice RIGAUX(12), "l'affirmation d'après laquelle le droit international privé est, par ses sources, una branche du droit étatique doit, à présente, être nuancée et précisée". Y es que, en esta cuestión, hay posturas muy divergentes entre los autores.

Para unos, puramente nacionalistas, las únicas fuentes del D.I. Privado son las internas, de manera que, esta disciplina, resuelve sus problemas a base, solamente, de los ordenamientos jurídicos estatales, lo que produce el resultado de que haya tantos D.I. Privados como países, de forma absoluta. Para los autores que pueden denominarse internacionalistas, las fuentes del D.I. Privado son las de naturaleza internacional, lo que lleva a la subordinación de los ordenamientos jurídicos estatales al orden internacional. La realidad, sin embargo, nos muestra que la única postura realista es la de carácter ecléctico, según la cual el D.I. Privado tiene fuentes de carácter interno y de carácter internacional(13).

Las llamadas fuentes *internacionales* del D.I. Privado, cumplen una triple función. Por un lado, se presentan como un ordenamiento plenamente aplicable por los tribunales internacionales, salvo que las partes que acuden a tal instancia internacional hubieren acordado otra cosa; por otra parte, imponen ciertas obligaciones al legislador estatal en la formulación de su sistema de normas interno de D.I. Privado; finalmente, también se trata de normas que se aplican directamente por los órganos judiciales y administrativos internos cuando, por algún medio, tales normas están vigentes en el interior del Estado(14).

En resumen, vemos que, dentro de la normativa del D.I. Público, existe la posibilidad de que normas de origen y naturaleza interna, cubran una necesidad internacional o, dicho en otras palabras, vemos que algunas normas de origen interno son normas de D.I. Público, aunque la cuestión sea muy discutida. Y por otra parte, también hemos visto que, el D.I. Privado tiene normas internas, pero también normas de origen internacional, que cumplen muy distintas funciones; la verdad es que la mayoría de las normas de esta disciplina son de naturaleza interna, pero hay otras, cada vez más numerosas, convencionales y algunas consuetudinarias, que son normas internacionales del D.I. Privado.

De cuanto hemos expuesto, no puede *deducirse* que no hay una cierta línea de separación entre una y otra disciplina, por razón de la naturaleza de sus normas, pero tampoco puede afirmarse que esta línea es absoluta. Podemos decir que, por principio, las fuentes del D.I. Público son de origen

(12) RIGAUX, F.: *Reflexiones sur les rapports entre le droit international privé et le droit des gens,* R.E.D.I., v.XXI-3 (1968, pág. 724).
(13) V. FERNANDEZ-FLORES, J.L.: *Manual de Derecho Internacional Privado, Introducción y Libro Primero, El sistema,* Madrid, 1980, págs. 241 y sigtes.
(14) Ibidem, pág. 251.

internacional y la mayoría de las fuentes del D.I. Privado son de origen nacional, pero nada más(15).

III. Anteriormente ya apuntamos la idea, tan sobradamente repetida y conocida que resulta pueril volver sobre ella, de que el D.I. Público y el D.I. Privado, *tienen una misma base o punto de partida; la multiplicidad de soberanías*, encarnadas en Estados soberanos. El D.I. Público existe porque existen Estados soberanos y para regular las relaciones entre ellos. El D.I. Privado existe porque existen Estados soberanos y para regular las relaciones entre los nacionales de los mismos. En términos de principios, estas afirmaciones son plenamente válidas.

Pero, y aquí surge la pregunta clave, lo que no está demasiado claro es si cuando, una y otra disciplina, se refieren al Estado, lo hacen utilizando los *mismos parámetros*. O, dicho en otras palabras, si el D.I. Privado acepta siempre el concepto de Estado que formula el D.I. Público.

BATIFFOL(16), plantea el problema diciendo que "la question de savoir quelles sont les entités qui répondent à la qualification d'État concerne donc les deux branches du droit international. Elle a toujours occupé une place primordiale en droit international public, notamment avec les institutions de la reconnaissance d'Etat et de gouvernement, en droit international privé la question est apparue sous ce jour relativement tard, en fait après la première guerre mondiale, quand les tribunaux des pays occidentaux se sont demandés s'ils pouvaient appliquer los lois soviétiques en l'absense de reconnaissance de l' U.R.S.S., par leurs gouvernements".

El *Estado* es una realidad que existe con independencia de todo reconocimiento por parte de los demás Estados. Desde el momento en que se dan los elementos precisos para la existencia del Estado, la población, el territorio y el gobierno, juntamente con la soberanía, el Estado existe, aunque no esté reconocido como tal por los demás Estados. De este modo, el reconocimiento de un Estado es una mera constatación de su existencia, tal como lo consideró el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Bruselas, en 1936, en otros términos, el reconocimiento, jurídicamente, es un acto declarativo y no constitutivo.

Emanado del gobierno del Estado que reconoce, el punto que aquí nos interesa es el de los efectos del *reconocimiento* y concretamente el de si los mismos se ciñen a la esfera del D.I. Público (derecho de legación, derecho de celebración de tratados, etc) o se extienden también a la esfera del D.I. Privado (aplicación, en su caso, de sus leyes internas, etc). O dicho en otras palabras, si el reconocimiento o mejor aún, el no reconocimiento, hecho o

(15) Esta es una afirmación que puede hacerse en este momento de la evolución del D. I. Privado, pero tal vez no podrá hacerse en el futuro si esta disciplina sigue internacionalizándose. Aunque lo cierto es que las normas internacionales del D.I. Privado van aumentando, lo hacen de una forma tan lenta y reticente, que lo más probable es que, todavía por muchos años, las fuentes del mismo sea internas en su casi totalidad, como hoy ocurre.
(16) BATIFFOL, H.: *Points de contac...*, cit., pág. 80.

no hecho por el gobierno, vincula de forma absoluta a todos sus órganos internos. Y, más concretamente, si el tribunal de un país que no ha reconocido a otro, puede aplicar, cuando así resulte del juego del conflicto de leyes, las normas de este no reconocido.

En el caso de que exista el reconocimiento, la solución positiva no admite duda. En cuanto el reconocimiento es acto de gobierno, este vincula a todos sus órganos, de manera que lo que es Estado a los efectos de D.I. Público, lo es también a los efectos de D.I. Privado.

En cambio, la solución no parece ser idéntica, cuando de *no reconocimiento* se trata. Se puede decir que este problema es clásico en D.I. Privado y que ha recibido una solución que se puede considerar prevalente, la de que el juez ha de decidir si el Derecho del Estado no reconocido por su gobierno, es tal Derecho del Estado no reconocido por su gobierno, es tal Derecho y efectivamente se observa, en cuyo caso, tendrá obligación de aplicarlo. En este sentido dice WOLFF(17), que "quien pretendiera negar a las normas empleadas el carácter de Derecho, a causa de no reconocerse el mandamiento de aquella ley, olvidaría que también en otros casos no es la voluntad del Estado la que da al Derecho su carácter de tal".

En definitiva, el hecho de que un Estado no esté reconocido como tal por el gobierno de otro Estado, no impide que los jueces de este último, cuando proceda, puedan aplicar normas de la legislación del primero, si estiman que efectivamente tales normas son Derecho y se aplican como tales a una población que habita un territorio. Esta es la postura, por ejemplo, de la jurisprudencia alemana, francesa e inglesa, así como la opinión de la mayor parte de la doctrina. El problema no se resuelve a base de la consideración del reconocimiento, a tenor de los cánones del D.I. Público, sino que es una cuestión de efectividad de la legislación extranjera, que el juez tiene que decidir con validez independiente para el D.I. Privado.

Y es que, frente a la versión "legalista" o "legitimista" del problema, han prevalecido las posiciones políticas y sociológicas, las posiciones "de facto", que independizan al juez, por así decirlo, de su gobierno, cuando no hay acto concluyente de este.

Si, ante esta realidad de la doctrina y de la práctica internacional, pensamos que el D.I. Público y el D.I. Privado van por caminos diferentes en este problema, habremos sacado una *conclusión* errónea. Pero si creemos que el D.I. Privado se pliega completamente al D.I. Público, en el tema del reconocimiento, también nos habremos equivocado. Digamos que, en principio, es acertado pensar que el D.I. Privado toma en cuenta el planteamiento del D.I. Público, pero que, en ciertos casos, el primero obra con una independencia que lo aleja, por decirlo de alguna forma, del segundo. En palabras distintas, ambas ramas jurídicas internacionales, pueden presentar una calificación diferente del Estado extranjero.

(17) WOLFF, M.: *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1936, pág. 137. Aunque las argumentaciones varíen, esta postura está muy generalizada en la doctrina.

IV. *La función fundamental* del *D.I. Público,* como la de cualquier orden jurídico, es la de delimitar su propia *competencia,* es decir, sus propios ámbitos de validez personal, material, territorial y temporal o, dicho de otra forma, la función del D.I. Público, por excelencia, se centra en la determinación de los sujetos a los que se dirige, de las materias que regula, del espacio en que se aplica y del tiempo en que tiene vigencia. Pero como quiera que, los sujetos fundamentales del D.I., son los Estados y estos, a su vez, aparecen como órdenes jurídicos nacionales, la función de tal Derecho se extiende a la delimitación de las competencias de los mismos, en el mismo cuadruple orden personal –los sujetos a los que se dirige el orden jurídico estatal–, material –los hechos y relaciones sujetos a este orden jurídico–, territorial –fijación de las competencias estatales terrestres, marítimas y aéreas– y temporal –período de tiempo de duración de estas competencias estatales–(18). Así pues, la fijación de las competencias estatales, es una parte esencial de la función fundamental del D.I. Público.

Las respuestas al problema de la función del *D.I. Privado,* son múltiples y diferentes. Entre ellas, son varias las que giran en torno de esta disciplina, como delimitadora de *competencias* estatales. Para PILLET(19) y otros muchos autores el conflicto de leyes es, en definitiva, un conflicto de soberanías, pues el D.I. Privado viene determinado por la coexistencia de órdenes jurídicos autónomos, cada uno de los cuales tiene un ámbito de vigencia que necesita ser delimitado. Las dificultades que suscita este punto de vista, han dado lugar a que otros autores(20), más modestamente, consideren que la función del D.I. Privado es únicamente la de delimitar su propia competencia, mediante normas internas, en vez de intentar la delimitación de soberanías mediante inexistentes normas internacionales de este tipo. Prescindiendo de la crítica de estos planteamientos, lo que no interesa resaltar es que el D.I. Privado ha sido concebido por algunos, como delimitación de una competencia estatal, en los mismos términos básicos que la función del D.I. Público.

En concreto, planteada así la función del D.I. Privado, este aparece como una delimitación de la competencia estatal de legislar, dentro de unos linderos personales, materiales, territoriales y temporales. A través de disposiciones legales, incluibles dentro de la esfera del D.I. Privado, como Derecho interno, se determina el poder del Estado. Y este se ve, más claramente, en el aspecto de la competencia territorial del Estado en relación a los efectos de sus leyes propias.

Sin entrar en el estudio de los casos concretos en que la función delimita-

(18) En resumen, como dice KELSEN *(Principios de Derecho Internacional Público,* Buenos Aires, 1965, pág. 81), "las normas jurídicas reglan la conducta humana, y la conducta tiene lugar en el tiempo y en el espacio", de donde resultan las cuatro aludidas esferas.
(19) PILLET habla de competencias entre legisladores o de competencias entre soberanías. En esta misma línea se puede situar a DONATI y a ZITELMANN, por citar solamente figuras sobresalientes.
(20) V. nuestro *Manual de Derecho Internacional Privado,* cit, págs. 216 y sigtes.

dora de copetencias, aparece más claramente, como por ejemplo en el caso de las normas llamadas de "aplicación inmediata", tenemos que constatar que la realidad es que el D.I. Privado, en este punto, se entrecruza con el D.I. Público o tiene que recurrir a sus criterios para resolver sus propios problemas.

V. *Otro punto en el que se mueven,* aunque se tangencialmente, el D.I. Privado y el D.I. Público, es el de los *actos internacionales,* particularmente el de los tratados y los contratos internacionales.

El tema se plantea bastante claramente, en torno de ciertas situaciones *intermedias,* en las cuales la calificación del acto resulta difícil y la intervención de una o de otra rama jurídica controvertida.

Uno de los campos donde el *D.I. Público* desenvuelve más agudamente su problemática, es el de los tratados. Estos, independientemente de su función como "ley" internacional, cumplen con otra, de límites menos borrosos, cual es la de cauce de los negocios jurídicos internacionales. En este sentido, se corresponde con el contrato en el orden jurídico interno y crea derechos y obligaciones entre los sujetos internacionales del mismo modo que el contrato los crea entre los individuos. Así, en principio, la distinción aparece clara: El D.I. Público se ocupa de los tratados, en tanto que el *D.I. Privado* se ocupa de los contratos entre individuos, en los cuales aparece algún elemento extranjero.

Lo que ocurre es que haya que *preguntarse* si esta distinción actúa siempre de forma tan clara o, en otras palabras, si no hay casos en que los Estados, pueden celebrar contratos y cual es su régimen jurídico. Es decir, si hay negocios jurídicos internacionales que celebren los Estados y que en vez de correr por el cauce de los tratados, corran por el de los contratos, de manera que en lugar de aplicarse las reglas del D.I. Público, se apliquen los de D.I. Privado o, incluso, una combinación de ambas.

Esta posibilidad ha surgido fundamentalmente con la aparición de las *sociedades* hoy ya comúnmente denominadas "internacionales" y de las cuales nos hemos ocupado con más detenimiento en otras ocasiones(21). Muy brevemente, estas sociedades nacen de un texto internacional que, como calificación más segura, ha de recibir la de tratado y se rigen por este texto y por los estatutos que normalmente figuran como anejo, así como, en lo no previsto, por la ley de un Estado-generalmente el de sede de la sociedad-elegida por los fundadores.

Para algunos, el problema se presenta a nivel de la calificación del acto mismo de constitución, en tanto que, para otros, se presenta a nivel de su régimen jurídico. De una forma o de otra, es lo cierto que resulta discutible si estamos ante unas sociedades constituídas por un tratado y con un régimen jurídico internacional específico o si nos encontramos con unas socieda-

(21) V. FERNANDEZ-FLORES, J.L.: *Las sociedades internacionales.* Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, nº 4, 1973, págs 467 y sigtes.

des constituídas por un contrato entre Estados y sujetas a un régimen jurídico nacional elegido, modificado solo en lo que esta ley nacional permite.

Del estudio de las figuras concretas de estas sociedades (Banque des Reglements Internationaux, Eurofima, Eurochemic, Saarlor, etc), se puede deducir que, en cuanto al título de constitución, nos encontramos en presencia de un tratado celebrado entre Estados con todas las características del mismo, en tanto que en relación con su régimen jurídico encontramos soluciones para todos los gustos, pues no hay una línea uniforme. El intento, en algunos, de considerar que estas sociedades nacen por medio de un contrato en el que los Estado obran no como sujetos de D.I. Público sino como individuos de D.I. Privado, carece de fundamento, a poco que se estudien los textos creadores de estas sociedades. Sin embargo, el hecho de que estos tratados ofrecen algunos datos que han permitido pensar en los contratos, nos demuestra que la distancia entre tratados y contratos no es excesiva y que, como a veces se ha dicho, es la voluntad de los Estados la que puede situar a los negocios jurídicos internacionales en la órbita del D.I. Público o en la del D.I. Privado.

El hecho de que este problema concreto, a la vista de la práctica internacional, haya de ser resuelto en el sentido de que estamos en presencia de tratados, no obvia la problemática de otros casos en que los Estados concluyen acuerdos internacionales sobre objetos y en la misma forma en que pueden concluirlos los particulares. Del mismo modo que se plantean una serie de cuestiones, en las que naturalmente no vamos a entrar, respecto a los contratos que se celebran entre Estados y personas privadas extranjeras o residentes en el extranjero.

La distinción entre *los tratados y los contratos,* es decir, entre los negocios jurídicos que se rigen por el D.I. Público y los que se gobiernan por el D.I. Privado, pasa por el doble dato de los sujetos intervinientes y del régimen jurídico aplicable. Si no hay problema para calificar de contratos los que se celebran entre un Estado y un particular(22), sí lo hay, a veces, para calificar los negocios jurídicos en que solo intervienen Estados o, más precisamente, sujetos jurídicos reconocidos por el D.I. Público. En este caso, la línea de separación tiene que pasar, necesariamente, por el régimen jurídico, de manera que serán tratados los que se rigen por el D.I. Público(23), en tanto que habrá de hablarse de contratos cuando hay una "referencia fundamental" a un régimen jurídico nacional, con lo que entra en juego el D.I. Privado. Si esta referencia es accidental o subsidiaria, como ocurre en la mayoría de los casos de creación de sociedades internacionales, es preciso mantenerse en la calificación de tratado.

(22) Según ha explicado el T.I.J. (en su S. de 22 de julio de 1952, referente al Asunto de la Anglo-Iranian Oil Company), todos estos negocios jurídicos entre un Estado y una sociedad privada, no tienen ni pueden tener carácter de tratado. Y menos después de la Convención de Viena.

(23) V. art. 2,1,a, de la Convención de Viena, donde se dice que un tratado ha de estar "regido por el Derecho Internacional".

Pero no se trata de insistir en esta cuestión, sino solamente de apuntar a lo cerca que están el tratado y el contrato internacional. En *definitiva*, a lo cerca que están el D.I. Público y el D.I. Privado. Que existe una diferencia, en esta materia, que separa a ambas disciplinas, es cierto, pero concluir que esta separación es absoluta, es erróneo.

VI. Como quiera que no tratamos de hacer una exposición exhaustiva de todos los puntos en que el D.I. Público y el D.I. Privado, se relacionan, distanciándose o aproximándose, sino más sencillamente, de apuntar unos datos genéricos en torno a la cuestión, *excluímos* de nuestro trabajo otras consideraciones más concretas, para tratar de llegar a un resumen.

III. Posiciones

I. *Cuando los autores, se deciden a emitir su veredicto* sobre las relaciones entre ambas disciplinas jurídico-internacionales, generalmente lo hacen sin un previo exámen, más o menos detallado, sobre los puntos de contacto o de separación entre ellas. A lo más, algunos hacen un apunte sumario con el solo intento de basar en él sus particulares puntos de vista o, en otros términos, sus intenciones. Como, por otra parte, los datos son susceptibles de interpretaciones diversas, el resultado es que las posiciones doctrinales son muy distintas.

Desde quienes como SCHWARZENBERGER(24), piensan que "international law must also be kept apart from private international law" hasta la nueva corriente doctrinal que, como dice AGUILAR(25), "se viene afirmando con progresiva insistencia y que con tonos decisonistas procede a sustentar la tesis de una interdependencia entre el Derecho internacional público y el privado", hay posturas para todos los gustos. Desde quienes, sin comprometerse a fondo, dicen, como FIORE(26), que entre el D.I. Público y el D.I. Privado "existen numerosas filiaciones y que deben tenerse muy en cuenta" los principios del primero, hasta los que se arriesgan a tesis poco comunes, como ZORRILLA SAN MARTIN(27), que afirma que "así como el Derecho público de los Estados deriva del Derecho privado, así el Derecho internacional público deriva también del privado", una amplia gama de posiciones doctrinales se presenta.

En realidad, hay *dos grandes corrientes doctrinales*, una de *aproximación* entre ambas disciplinas y otra de *separación*, aunque, naturalmente, dentro de cada una, se den variantes de forma y de contenido.

(24) SCHAWARZENBERGER, G.: *A Manual of International Law*, London, 1967, pág. 21.
(25) AGUILAR NAVARRO, M.: *Afinidas existentes entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado*, R.E.D.I., v.XI-1-2, pág. 11.
(26) FIORE, P.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1978, pág. 25.
(27) ZORRILLA SAN MARTIN, J.: *Discursos, artículos y notas de Derecho Internacional Público*. Montevideo, 1955, pág. 207.

II. *Una primera variante de la posición aproximativa,* es la que ya hace tiempo sustentó TORRES CAMPOS(28), al decir que "el punto de partida de la organización de la sociedad o comunidad internacional se encuentra en la soberanía de los Estados, considerados miembros de ella, y esta soberanía, sin la cual no podría haber personalidades en contacto, no solo es la base del Derecho internacional público, sino también del privado. Tal es la razón por la que ambos Derechos dan lugar a una sola ciencia, dividida por lo que toca a su esfera de acción". Es decir, nos encontramos con un tronco común, el D.I. construído sobre la base de la soberanía de los Estados, del cual se derivan dos ramas, el D.I. Público y el D.I. Privado.

En esta posición cabe situar a JESSUP(29), para quien, lo mismo una rama jurídica que otra, están incluídas dentro de su "Derecho transnacional". Sin embargo, va más lejos, en cuanto ya no se refiere a diferentes esferas de acción, sino a una esfera única en la que actúa un único Derecho. También, aunque naturalmente con matices distintos, se manifiesta en forma parecida, WORTLEY(30), para quien no es posible hoy en día, sostener la separación entre ambas disciplinas, puesto que muchas instituciones del D.I. Público son base del D.I. Privado y algunas normas de este último son aplicables en el primero, ya que las dos ramas parten de unas bases comunes.

Una segunda variante de la posición aproximativa, es la que sostiene que el D.I. Privado es parte del D.I. Público; no se trata de dos ramas que proceden de un tronco común, sino de un solo tronco, el del D.I. Público, dentro del cual está el D.I. Privado. Una postura clara, en esta línea, es la de NIBOYET(31), que partiendo de la idea de que el D.I. Privado debería incluirse dentro del Derecho público, dice que la distancia entre las dos ramas jurídicas internacionales no es tan grande como a primera vista pudiera pensarse y concluye que "los conflictos de leyes son conflictos de soberanía, y la solución de los mismos debería inspirarse en la regla del respeto máximo de la soberanía en conflicto, una de las reglas del Derecho de gentes". También, YANGUAS(32), hace alusión a ciertos puntos de dependencia del D.I. Privado respecto al D.I. Público, cuando dice que "el derecho internacional público da, de otra parte, al Derecho internacional privado, las fuentes de origen internacional" que son las más adecuadas para resolver sus problemas pecualiares.

III. *Entre los autores partidiarios de la separación* entre ambas disciplinas,

(28) TORRES CAMPOS, M.: *Elementos de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1906, pág. 22.
(29) JESSUP, P.C.: *Transnational Law*, 1956. El "Derecho transnacional" está compuesto, para JESSUP, por todas aquellas normas que regulan relaciones que trascienden las fronteras nacionales, cualquiera que sea la forma en que trasciendan y los sujetos a los cuales afecte.
(30) WORTLEY, B.A.: *The interaction of public and private international law today*, R. des C., T.85 (1954-I), 239-342.
(31) NIBOYET, J. P.: *Principios de Derecho Internacional Privado*, Madrid, s/f., pág. 40.
(32) YANGUAS MESSIA, J. DE: *Derecho Internacional Privado.Parte General, Madrid, 1968, pág. 19.*

las variantes son muchas. Y, en términos generales, podemos decir que es la postura actualmente dominante.

Así son *numerosos los autores* que, fundándose en la realidad de que la mayor parte de las normas del D.I. Privado, son de naturaleza interna, piensan que la internacionalidad de esta rama jurídica, está lo suficientemente puesta en tela de juicio, como para que haya que considerarla como totalmente independiente del D.I. Público. Para WOLFF(33), el D.I. Privado no es hoy Derecho internacional sino nacional, con lo cual ambas ramas jurídicas se alejan. Igual postura adopta DOVE(34), cuando, calificándolo de error, dice que "algunos juristas europeos pretenden que la ciencia de los conflictos de leyes tiene por objeto un Derecho verdaderamente internacional". KELSEN(35), por su parte, explica que el D.I. Privado no es Derecho internacional, sino nacional y que "por regla general, solamente el llamado derecho internacional "público" es derecho internacional". En esta misma línea, pueden situarse otros mucho autores(36).

Una demostración de que *esta posición resulta dominante*, es la de que, en términos generales, la enseñanza de ambas disciplinas se va imponiendo separadamente. Ya dijo ANZILOTTI(37), refiriéndose al tema, que "nell'-Instituto de Science Sociali di Firenze, l'insegnamento del diritto internazionale privato é già da vari anni distinto di quello del diritto internazionale pubblico", añadiendo que "la separazione dei due insegnamenti, che in altre paesi, come l'Olanda, la Svizzera, la Francia, ed in alcune delle Università americane, é già un fatto compiuto, si può credere che finirà per imporsi dovunque". Y esta profecía que, por otra parte no era excesivamente arriesgada, ha acabado por cumplirse en casi todos los países(38).

IV. *También hay posturas eclécticas* en lo referente a la relación entre ambas materias. Y los matices varían indefinidamente. Un ejemplo de estas posturas, es AGUILAR(39), para quien "el Derecho internacional privado tiene que construirse sobre una doble base: la que ofrece el Derecho privado y la que aporta el Derecho internacional". La verdad es que, con fórmulas diferentes, la mayor parte de los autores resaltan los puntos de contacto y los de separación, con lo que se quedan en posiciones que no tienen otro calificativo que el de eclécticas.

(33) WOLFF, M: Derecho..., cit., pág. 9.
(34) DOVE, E.: *Derecho Internacional Privado, Barcelona, 1957, pág. 197.*
(35) KELSEN, H.: Principios..., cit., pág. 222.
(36) Así, por ejemplo, REDSLOB *(Traité de Droit des Gens,* París, 1950, pág. 70), CAVARE *(Le Droit International Public Positif,* París, 1967, I, pág. 160), QUADRI *(Diritto Internazionale Pubblico,* Napoli, 1968, pág. 18), GUGGENHEIM (Traité de Droit International Public, Genève, 1967, pág. 51), y otros muchos, todos ellos con una fundamentación muy parecida en el fondo, aunque varien en la forma los razonamientos.
(37) ANZILOTTI, D.: *Scritti di Diritto Internazionale Privato,* Padova, 1960, v.III., Pág. 75.
(38) Hoy, las cátedras de D.I. Público y de D.I. Privado, son diferentes en casi todas las Universidades europeas y americanas. En España, la división se ha producido recientemente.
(39) AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho Internacional Privado,* Madrid, 1979, V.I.,T.I., pág. 46.

IV. Conclusiones

I. Por un lado, *hemos examinado los puntos fundamentales* en que una y otra disciplina coinciden, por otro, hemos visto como *la doctrina, con diferentes argumentos,* concluye por acercar o separar al D.I. Público y al D.I. Privado. Creemos pues que estamos en posición de llegar a unas conclusiones.

II. *En resumen, podemos decir que:* 1°) El D.I. Público y el D.I. Privado, regulan *relaciones* que son diferentes, por razón de los sujetos entre los que se producen, aunque esta diferencia queda atenuada porque las nuevas realidades de ambas materias, producen interferencias de manera que la línea de separación no es nítida, como podría parecer anteriormente; 2°) La naturaleza de las *normas* de una y otra jurídica, son distintas numéricamente y por principio aunque hoy tienden a homogeneizarse, lo que, sin embargo, no parece realizable en una perspectiva próxima; 3°) Lo mismo el D.I. Público que el D.I. Privado, tienen una *base común* que es la multiplicidad de Estados soberanos, de manera que al Estado, como sujeto del orden internacional, se refieren ambas ramas jurídicas, aunque se advierten divergencias en su consideración, en algunos puntos concretos, pero decisivos; 4°) En el orden de las *funciones* que cumplen una y otra disciplina, se advierte un cierto entrecruzamiento, sobre todo en ciertas concepciones doctrinales de la función del D.I. Privado, pero la realidad es que este se vale de criterios que fundamentalmente determina el D.I. Público, estando, en este sentido, en una cierta dependencia de aquel respecto a este; 5°) En los *actos* internacionales, una evidente cercanía es observable entre los tratados y los contratos, aun persistiendo un régimen jurídico diferente que alea a una y otra ramas jurídicas.

Por lo que respecta a las *posiciones doctrinales,* éstas pueden ser resumidas diciendo que: 1°) La mayor parte de los autores, reconocen los puntos de *contacto* o la base común del D.I. Público y el D.I. Privado; 2°) Pero es predominante la tesis de que una y otra materia, tienen la suficiente *disimilitudes* como para que deban ser consideradas como ramas jurídicas diferetes.

III. *En conclusión: 1°) El D.I. Público y el D.I. Privado, tienen una base común,* la multiplicidad de soberanías, que les da personalidad propia frente a las demás ramas del Derecho y que es fecunda en consecuencias comunes para ambas disciplinas; 2°) Sin embargo, las diferencias son lo suficientemente acusadas como para que haya que considerarlas como *ramas jurídicas diferentes,* aunque con una evidente interdependencia.

ZONAS DE ACCESO RESTRIGIDO A LA PROPIEDAD DE EXTRANJEROS EN INTERES DE LA DEFENSA NACIONAL LEGISLACION - JURISPRUDENCIA - REFORMA

D. Miguel Torres Rojas
(General Auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa
Vicesecretario General Técnico del Ministerio de Defensa)

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. *Introducción*

Nos hemos propuesto abordar, en este estudio, la temática de la Legislación nacional sobre Zonas de Acceso restringido a la Propiedad de Extranjeros en interés de la Defensa Nacional, tratando de aproximarnos a su problemática actual para poder concluir con una aportación personal acerca de su posible reforma.

El tema ofrece un indudable interés, desde una doble vertiente:

- porque es muy escasa la aportación que los tratadistas han hecho el tema.

- y, porque muchos son los aspectos que ofrece, que podemos inscribir dentro de las servidumbres o limitaciones al derecho de propiedad privada, y del estudio de la posibilidad legal de que puedan establecerse prohibiciones o limitaciones en aquellos derechos individuales, en aras a un interés superior y público -la Defensa Nacional o mejor aún la Seguridad Nacional en expresión más técnica y explícita- cuando el ejercicio de aquellos derechos individuales pueda interferir o incidir de alguna manera en la efectividad y operativdad de tal defensa o seguridad nacionales.

La totalidad de los administrativistas españoles y una amplia mayoría de los extranjeros sostienen la opinión -prácticamente indiscutida hoy- que la Defensa Nacional constituye un servicio público (así Duguit , Jeze, Bornard, entre otros...).

Este servicio público de Defensa exige, para la Seguridad del Estado, una organización política contra los peligros que puedan amenazar la exis-

tencia de la sociedad en cuya organización habrán de cooperar (de una forma y otra y en mayor o menor grado) las personas y las cosas privadas.

Respecto a las primeras, podríamos señalar como formas de cooperación, en el aspecto castrense, el servicio militar y las prestaciones voluntarias compensadas o no.

En lo referente a las cosas y en muchas ocasiones la Administración precisa servirse de los bienes particulares ya sea total, ya sea parcialmente: expropiación forzosa, ocupación temporal, requisas y limitaciones y/o servidumbres, estas últimas son las que van a ser objeto de nuestra consideración, análisis y comentario.

Ciñéndonos, pues, a las servidumbres, estamos contemplando –desde el punto de vista doctrinal– la regulación de las limitaciones o prohibiciones en aquellos derechos individuales sobre las cosas –preferentemente inmuebles– cuyo ejercicio pudiera interferir la efectividad y operatividad del servicio público de la Defensa o Seguridad Nacionales.

En una segunda aproximación al tema podríamos decir que tales limitaciones vienen demandadas no sólo por el Servicio Público de la Defensa Nacional, sino que además cumplen otros fines sociales coincidentes con aquél: zona marítimo-terrestre, servidumbres aéreas, de costas y fronteras, etc...

En estos casos (y con un matiz cada vez más diferenciado del ámbito castrense, con el cual coinciden parcialmente y del cual dimanan históricamente) el acceso de los particulares a los bienes de dominio público y las limitaciones impuestas a algunas de ellos para que todos los administrados puedan ejercer determinados derechos o facilitar ciertas tareas (salvamento, por ejemplo) han sido reguladas precisamente a partir de un interés castrense, que la historia ha ido desgajando, a través del tiempo y medida, hacia el Derecho Administrativo común, procedentes del Derecho Militar.

2. *Fundamento de las limitaciones o servidumbres*

El Art. 33 de nuestra Constitución dice: "Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes".

El Profesor GARRIDO FALLA en sus comentarios a la Constitución dice que la declaración Constitucional relativa a la función social de la propiedad privada, cumple ampliamente cuantos casos de limitaciones a la propiedad privada conoce tradicionalmente el Derecho Administrativo.

Lo característico de estas limitaciones era, sin embargo, su carácter negativo, por lo que se planteaba el problema de su delimitación de otras figuras afines, especialmente de las que consistían sustancialmente en prestaciones de los particulares a la Administración.

Más recientemente se ha introducido el concepto de vinculación, especialmente como consecuencia del uso de este vocablo en textos legislativos

urbanísticos (83.7 - Ley del Suelo). Es posible avanzar en el análisis jurídico distinguiendo la limitación de la vinculación en función de la idea de afectación concreta de un bien con un fin determinado.

En efecto, como consecuencia de esta afectación surgen una serie de limitaciones, pero éstas no se enumeran o establecen taxativamente en forma apriorística, sino que serán las que se derivan de la necesidad de asegurar la afectación del bien a un fin específico. Si un plan urbanístico establece la altura de las edificaciones en determinado sector urbano, estamos ante una limitación específica de la propiedad urbana si, en cambio, un edificio se declara Monumento Histórico-Artístico, la ley pretende que siga siendo tal, lo que entraña una prohibición abstracta de hacer cualquier cosa que modifique su afectación. En el primer caso cabe hablar de limitación, y en el segundo de vinculación.

Las limitaciones o servidumbres a la propiedad privada por razón de la Defensa Nacional estarían normalmente en el primer caso, serían pues limitaciones y no vinculaciones.

Dicho esto, cabe añadir que los supuestos de vinculación exigen un acto administrativo concreto declaratorio de la afectación del bien al fin que se trata de proteger. Cabalmente, esta diferencia entre limitación y vinculación –o sea, la necesidad o no de un acto administrativo concreto de afectación– no puede dar la clave para determinar la procedencia de la indemnización.

JUAN ARROYO GARCIA (Las Limitaciones y Servidumbres Públicas en el Derecho Administrivo Español –Editorial Aranzadi 1982, pág. 43) expone cómo han sido los autores, la doctrina, los que han venido estableciendo en España, las diferencias que han considerado más acusadas entre los términos jurídicos de "limitaciones" y de "Servidumbres" y dice que Garrido Falla pone de manifiesto que la servidumbre restringe, no tanto el contenido del derecho de propiedad, cuanto su exclusividad, por lo que las facultades de la propiedad vienen a quedar divididas entre el propietario y el titular de la servidumbre, ya que ésta implica la sujección parcial del bien privado a un uso por parte de la colectividad.

GARCIA DE ENTERRIA dice ser nota común de las limitaciones la de su no indemnizabilidad y añade que ello cobra especial relieve a propósito de las limitaciones a la propiedad y a los derechos patrimoniales, porque esta nota las separa de las expropiaciones que suponen incidencias administrativas sobre el patrimonio que deben ser indemnizadas. Sin embargo, García Oviedo y Gascón Marín sostienen que si la limitación impone un sacrificio al propietario, procederá la indemnización.

Dejando aparte la distinción entre servidumbre y limitación, sin perjuicio de volver sobre ella, en figuras concretas que luego analizaremos, digamos con D. Juan Arroyo García (obra ya citada) que la servidumbre de la zona militar aparece con unas características propias.

No se trata tan solo de unas limitaciones encaminadas a restringir el dominio o la actividad personal en beneficio de otro, sino que tiene por

objeto la seguridad personal, tanto de personas como de bienes próximos a la zona militar como también de los que se encuentran en ella.

Galván Escutia –Explicaciones de Cátedra– Valencia 1959, dice que la servidumbre de zona militar es de notoria importancia.

Antes de entrar en la legislación que las regula y digamos ya con precisión "limitaciones a la propiedad privada o servidumbres militares por razón de la Defensa", hay que resaltar la dificultad que plantea el que los tratadistas de Derecho Administrativo las citan muy de pasada, siendo frecuentemente la referencia a su legislación sin más reseña.

Esta carencia nos ha obligado, más si cabe, a emprender –por nuestra cuenta– un buceo en busca de aquellos principios del Derecho que amparen y legitimen tales limitaciones a la propiedad en razón de intereses de la Defensa Nacional.

Por lo que se refiere a la Legislación interna, además del ya citado artículo 33 de la Constitución, cabe complementarlo con el artículo 128 "Toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuese su titularidad, está subordinada al interés general".

Ambas expresiones constitucionales tienen su consagración explícita en el artículo 19 de la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar, cuando dice "En las zonas del territorio nacional consideradas de interés para la Defensa, en las que constituyen zonas de seguridad de las instalaciones militares o civiles declaradas de interés militar, así como en aquellas en que las exigencias de la Defensa Nacional o el libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado lo aconsejan, podrán limitarse los derechos sobre los bienes propiedad de nacionales y extranjeros en ellas situados, de acuerdo con lo que se determine por Ley".

Por lo que atañe al derecho positivo internacional de ámbito supranacional hemos de citar:

– El artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ellas puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

– El protocolo Adicional nº 4 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en su artículo 2º. El ejercicio del derecho de toda persona que se encuentre en situación regular sobre el territorio de un Estado (derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia), no puede ser objeto de más restricciones

que las que, previstas en la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la *seguridad nacional,* la salvación pública, el mantenimiento del orden público....

– El Convenio Europeo citado en el párrafo anterior cuando en su Título I consagra los derechos fundamentales, añade: "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la Seguridad Nacional...

– En el mismo sentido se pronuncia el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tres conclusiones podemos obtener, de lo expuesto hasta aquí:

1) Plena consagración en el Derecho Internacional supranacional de la posibilidad legal de establecer limitaciones en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de las libertades de la persona, por razón de la Seguridad o Defensa Nacional.

2) Necesidad de una Ley para establecer estas limitaciones. El Tribunal Supremo aborda esta cuestión, creemos que por primera vez, en su Sentencia de 3 de Enero de 1979. Reproducimos el considerando que juzgamos de más interés: "los actos de la Administración han de producirse por el órgano competente y mediante el procedimiento que, en su caso, estuviera establecido, exigiéndose imperativamente que el contenido de dichos actos sea el adecuado a los fines de aquellos, porque el principio de legalidad administrativa somete los actos concretos de la Administración a la observancia de las disposiciones de carácter general previamente dictadas y, a su vez, el principio de seguridad jurídica obliga a todos los Organos del Estado a actuar conforme a un orden jerárquico de normas que no pueden ser caprichosamente interpretadas ni alteradas, por ello, las disposiciones o las resoluciones de la Administración no podrán vulnerar, ignorar o desconocer lo establecido en una disposición de carácter general, lo que ha de ser interpretado en el sentido de que el derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse, sobre todo cuando impone determinadas limitaciones al derecho de propiedad, materia reservada a las leyes, según el artículo 348 del Código Civil, siendo evidente que para que la Administración pueda imponer limitaciones a la propiedad privada, no es bastante el acto administrativo que impone esa limitación... sino que es necesaria una norma jurídica que atribuya a la Administración facultades para hacerlo, siendo válidas las actuaciones policiales en tanto en cuanto se apoyen en una reglamentación previa que las legitime".

3) Plena concordancia de la legislación interna española con tales principios y legitimación de la misma, vía artículos 33 y 125 de la Constitución, explicitados en el artículo 19 de la Ley Orgánica 6/1980 de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar, y concretados en la

Ley 8/75, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional y en su Reglamento de aplicación aprobado por Decreto nº 669/78 de 10 de Febrero de 1978.

3. *Derecho positivo*

La vigente Legislación sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, está comprendida fundamentalmente, en la Ley de 12 de marzo de 1975 (en adelante Ley) y en el Reglamento para su ejecución, de 10 de Febrero de 1978 (en adelante, Reglamento), disposiciones ambas que entraron en vigor el 14 de abril de 1978, fecha de publicación del Reglamento en el Boletín Oficial del Estado.

Tales disposiciones fueron dictadas para salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional y la seguridad y eficacia de sus organizaciones e instalaciones, estableciendo limitaciones a los derechos sobre bienes situados en Zonas del Territorio nacional, que las referidas disposiciones clasifican en los tres tipos, compatibles entre sí, siguientes:

– Zonas de Interés para la Defensa Nacional.

– Zonas de Seguridad de las Instalaciones Militares o de las civiles declaradas de Interés Militar.

– Zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

De la legislación que comentamos, puede deducirse la existencia de una cuarta zona que denominamos ...

– Zonas de libre acceso a la propiedad por parte de extranjeros. Este último tipo, en realidad, es una excepción del anterior.

II. Consideraciones basicas

1. *Zonas de Interés para la Defensa Nacional*

Se denominan así las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para la Defensa Nacional. Su declaración se hará por Decreto, aprobado en Consejo de Ministros, determinando la zona afectada y fijando las prohibiciones, limitaciones y condiciones que en ella se establezcan, referentes a la utilización de la propiedad inmueble y del espacio marítimo y aéreo que comprenda: y quedará bajo la responsabilidad y vigilancia de las Autoridades militares jurisdiccionales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire a cuya iniciativa se deba la declaración, las cuales serán las únicas competentes para realizar el despacho y tramitación de solicitudes y otorgamiento de autorizaciones referentes a la observancia y cumplimiento de cualquier clase de prohibiciones, limitaciones o condiciones impuestas en dichas zonas.

Añade la Ley (artículo 5º) que en el Decreto de determinación de la zona afectada y fijación de las prohibiciones, limitaciones y condiciones se respetarán los intereses públicos y privados, siempre que sean compatibles con los de la Defensa Nacional, ajustándose, en caso contrario, a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley "Los perjuicios que se originen a los particulares como consecuencia de las servidumbres o limitaciones derivadas de la presente Ley serán indemnizables conforme a lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa y de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En todo caso, el particular afectado podrá hacer uso de las facultades que le confiere el art. 23 de la Ley de Expropiación Forzosa" (es decir, pedir que se le expropie la totalidad de la finca, cuando la parte no afectada resulte inservible o no susceptible de explotación como unidad económica).

Las obligaciones, servidumbres y limitaciones de todo orden que, como consecuencia de la propia Ley resulten para las obras y servicios públicos, serán objeto de la adecuada compensación en los términos que establezca el Consejo de Ministros.

La Disposición Transitoria 3ª de la Ley dispone que continuará en vigor el Decreto de Costas y Fronteras de 15 de febrero de 1933 y demás disposiciones complementarias del mismo, hasta la publicación de los Decretos a que se refiere el artículo 5º, los cuales irán sustituyendo a medida que se publiquen las anteriores disposiciones.

No se ha publicado aún Decreto alguno relativo a la declaración de Zonas de Interés para la Defensa Nacional, si bien hemos tenido ocasión de ver algún Anteproyecto, que, en la actualidad, se encuentra pendiente de dictamen del Consejo de Estado. La demora de esta promulgación obedece, sin duda, a la necesidad de definir previamente el objetivo de Fuerza Conjunto, posterior al Plan Estratégico Nacional, que según referencias de Prensa, sólo recientemente se han definido por el Gobierno. Por ello vamos a describir brevemente el todavía vigente Decreto sobre Zona Militar de Costas y Fronteras de 15 de febrero de 1933.

La Zona Militar de Costas y Fronteras abarca la comprendida entre éstas y las líneas del interior cuyos límites fija el aludido Decreto para cuatro sectores: Pirineo o Frontera Norte, Frontera Portuguesa, Costa Norte y Costa de Levante o Mediodía. En las Islas Baleares, Canarias y Territorios de Africa la zona militar comprende la totalidad de los respectivos territorios.

Dentro de la zona se podrán ejecutar obras de cualquier clase, exceptuando los caminos, carreteras, ferrocarriles y aérodromos.

Sobre este punto se ha mantenido una polémica aún no resuelta (aunque la publicación de los Decretos, que parece próxima, dejaría aclarada esta cuestión) pues el Decreto de 15 de febrero de 1933 es más restrictivo para con la Defensa Nacional que el Real Decreto de 17 de marzo de 1891 (que tiene fuerza de Ley, lo que no ostenta el Decreto de 1933) al sujetar a autorización militar las obras que alteren sensiblemente la configuración del

terreno en extensión considerable; las que hagan desparecer los obstáculos naturales que hubieran impedido o por lo menos dificultado el acceso al interior del país a un Ejército enemigo; las que puedan favorecer a un desembarco; la desviación de los ríos; los canales de navegación; y, por último, todas las que puedan aumentar o disminuir el valor de las obras de defensa ya establecidas o en proyecto. Como vemos, todo un modelo de imprecisión que puede plantear muy serios problemas y que, cuando menos, afecta negativamente a la seguridad jurídica. Nuestra personal opinión es que rige el Decreto de 1933 y niguna disposición anterior por lo que sólo están afectadas las obras públicas y los caminos particulares, por cuanto que las limitaciones de derechos deben ser interpretadas restrictivamente.

Sin embargo, la situación para las islas Baleares, sin duda por su especial valor estratégico, es más limitativa, pues el Decreto de 1 de junio de 1933, aún vigente, somete a autorización militar, –además de para las obras citadas– a todas las edificaciones, incluso las urbanas que hayan de efectuarse dentro de una zona de cinco kilómetros de anchura, contada a partir de la costa, en toda la periferia de las islas de Mallorca, Menorca e Ibiza y, en toda la extesión, por lo que respecta a Cabrera y Formentera. El Decreto de 5 de junio de 1934 definió algo más las construcciones en la Zona Balear diciendo que precisarán previa autorización del Ministerio de Defensa, para cada caso, las que se hallen separadas de los cascos de las poblaciones o de sus planes de urbanización y ensanche; y de conjunto, para todas las que se lleven a cabo por Ayuntamientos o por Entidades o Empresas y que comprendan agrupaciones de edificios.

El Capítulo I del Título II del Reglamento, bajo la rúbrica general de este último Título de Tramitación de Proyectos y Autorizaciones, se refiere a los de las entidades oficiales (Sección 1ª) y a los de los particulares (Sección 2ª) y somete a informe del Ministerio de Defensa los proyectos de obras, trabajos e instalaciones de cualquier Ministerio, Diputación, Cabildo o Ayuntamiento, con resolución del Consejo de Ministros en caso de discrepancia. Con motivo de la configuración constitucional de Estado de las Autonomías que tiene España, al haber sido traspasadas competencias en materia de urbanismo a las Comunidades Autónomas, se están produciendo problemas con motivo de la aprobación de Planes de Ordenación Urbana conforme a la normativa de la Ley del Suelo, a los que haremos referencia más adelante.

2. *Zonas de seguridad de las instalaciones militares y de las civiles declaradas de interés militar*

Son las situadas alrededor de dichas instalaciones en orden a asegurar la actuación eficaz de los medios de que dispongan, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad, y, en su caso, las de las propiedades próximas cuando aquellos medios entrañen peligrosidad para ellas.

Estarán dotadas de zonas de seguridad:

1) Todas las instalaciones militares.

2) Las instalaciones civiles declaradas de interés militar por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Defensa o del Ministerio Civil que tenga competencia sobre ellas.

A unas y a otras se atribuirá por el Ministerio de Defensa una clase o categoría de entre estos cinco grupos:

1° Bases terrestres, navales y aéreas y estaciones navales; puertos, dársenas y aerodromos militares; acuartelamientos permanentes para unidades de las Fuerzas Armadas; academias y centros de enseñanza e instrucción; polígonos de experiencias de armas y municiones; asentamiento de armas o de sistemas de armas; obras de fortificación, puestos de mando, de observación, detención o señalización; direcciones de tiro; sistemas de defensas portuarias y estaciones de calibración magnética y, en general, todas las organizaciones e instalaciones castrenses directamente relacionadas con la ejecución de operaciones militares para la defensa terrestre, marítma o aérea de la nación.

2° Centros y líneas de transmisiones e instalaciones radioeléctricas.

3° Talleres y depósitos de municiones, explosivos, combustibles, gases y productos tóxicos, así como los polígonos de experiencia de estos últimos y, en general, cuantos edificios, instalaciones y canalizaciones pueden considerarse peligrosas por las materias que en ellos se manipulen, almacenen o transporten.

4° Edificaciones ocupadas por el Ministerio de Defensa, Capitanías y Comandancias Generales, Gobiernos y Comandancias Militares y cualesquiera otras que sirvan de sede a órganos de mando militares; establecimientos y almacenes de carácter no peligroso, prisiones militares y, en general, las instalaciones no incluídas en los grupos precedentes, destinadas al alojamiento, preparación o mantenimiento de las fuerzas armadas.

5° Campo de instrucción y maniobras, y los polígonos o campos de tiro y bombardeo.

El Ministerio de Defensa determinará, para cada instalación, cual será la delimitación de la zona de seguridad próxima (garantiza en todas las direcciones el aislamiento y defensa inmediata de las instalaciones y asegura el empleo eficaz de sus medios sobre los sectores de actuación que tuviese encomendados) y la lejana (asegura la actuación eficaz de los medios instalados) y ambas (garantizan la seguridad de las propiedades más próximas) mediante Orden Ministerial debiendo comunicarlo a los Ayuntamientos en que radiquen las instalaciones con indicación de la existencia y perímetro de las zonas correspondientes, así como las limitaciones inherentes a las mismas, para su traslado a los propietarios afectados, debiendo hacer la misma notificación en forma directa a los titulares de obras o servicios públicos existentes en la zona.

Igualmente el Ministerio de Defensa determinará los obstáculos o instalaciones que deberán ser eliminados o modificados por cuenta del Estado mediante la indemnización oportuna, entre aquellos que ya existan en las diferentes zonas de seguridad, aplicando las disposiciones sobre expropiación forzosa, incluído el procedimiento de urgencia, si las circunstancias así lo exigieran.

Aún cuando en cada disposición se concreta la zona de seguridad podemos citar a título orientativo que para el Primer Grupo la zona próxima es de 300 metros contada desde el límite exterior o línea principal que define el perímetro más avanzado de la instalación, de 400 metros en las baterías de costa, una milla en los puertos, 40 metros en los edificios de Mando y prisiones y 12 metros en los establecimientos restantes.

En la zona próxima de seguridad no pueden realizarse sin autorización del Ministerio de Defensa obras, trabajos o actividades de clase alguna salvo los de mera conservación y en la zona lejana se requiere autorización militar para realizar plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones análogas de superficie; esta autorización sólo podrá denegarse cuando tales instalaciones. edificaciones o plantaciones impliquen perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate o queden expuestas a sufrir, por dicho empleo, daños suceptibles de indemnización. Cuando la autorización solicitada para obras o servicios públicos fuere denegada, el Ministerio o Ente Público solicitante podrá repetir su solicitud ante el Consejo de Ministros.

Ya han sido dictadas más de 300 Ordenes Ministeriales o Decretos de declaración de zonas de seguridad de instalaciones militares o civiles de interés militar, aunque la Disposición Transitoria 4ª del Reglamento establece que hasta que se efectúe por el Ministerio de Defensa la delimitación de la Zona próxima de seguridad de cada instalación, se mantendrán las actuales delimitaciones de las zonas polémicas o de aislamiento, lo que lleva consigo la vigencia, en definitiva, de una relación de disposiciones recogidas en la Disposición Final 3ª del Reglamento.

La ya comentada Disposición Transitoria 5ª al establecer que no son indemnizables las limitaciones en Zonas de Seguridad establecidas con anterioridad a la vigencia del Reglamento (14 de abril de 1978) al amparo de las normas sobre Zonas Polémicas y de aislamiento, introduce una evidente dificultad a la hora de aplicar la normativa, puesto que obliga a la determinación, no siempre fácil por cuanto objetiva, de si la limitación está o no establecida antes de dicha fecha, y si lo estaba, si había sido o no explicitada, en cuanto conocida por el particular o Ayuntamiento.

Otro punto que no resuelve el Reglamento es el de compaginar la necesidad de publicidad de la declaración de Zona de Seguridad para que la Administración Militar pueda exigir las limitaciones y éstas ser tenidas en cuenta por los Ayuntamientos en el otorgamiento de licencias de construcción, con el carácter secreto, reservado o confidencial de la instalación mili-

tar. En algún caso concreto, hemos sostenido que el problema debe ser resuelto haciendo uso de la Ley de Secretos Oficiales, único instrumento legal "ad hoc".

III. Zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros. Derecho positivo

1. *Aclaración previa*

De las tres Instituciones jurídicas que contempla la ley y el Reglamento (Zonas de Interés para la Defensa Nacional, Zonas de Seguridad de las Instalaciones Militares y de las civiles declaradas de interés militar y zonas de acceso restringido a la Propiedad de Extranjeros) el objeto de nuestro trabajo viene acotado por la última de ellas, si bien, hemos recogido –hasta aquí– unas pinceladas acerca de las otras dos instituciones, por las siguientes razones:

– El tratamiento y comprensión de su formulación es obligado, por cuanto que está dentro de un mismo texto legal, que las contempla por separado en cuanto a su definición, pero, en conjunto, en cuanto a la normativa de tramitación de proyectos, autorizaciones, indemnizaciones y sanciones.

– Obedecen a la misma filosofía de fondo explicada en el apartado II, por cuanto que son limitaciones que se insertan en el ejercicio de los derechos inherentes a la propiedad privada, en interés y por exigencia de la Defensa y Seguridad Nacionales.

– La Zona de acceso restringido a la propiedad de extranjeros, objeto específico de nuestro estudio, se inscribe como institución jurídica en un marco legal común con las otras dos, pero es que además por razón de la persona, las otras dos instituciones también son aplicables a los extranjeros, por cuanto que no distinguen, a la hora de limitar el uso, entre nacional o extranjero, lo que significa, "lato sensu", que las tres instituciones son zonas de acceso restringido, –si no a la propiedad, sí a algunas de las facultades inherentes a ella– de los extranjeros.

2. *Definición legal*

D. Nicolás Pérez Serrano (Tratado de Derecho Político - Civitas 1976, pág. 657) al examinar el principio de Igualdad ante la Ley, dice que sólo se extiende a los nacionales ya que los extranjeros podrán gozar de derechos civiles o de otras concesiones, pero tal principio jurídico no los ampara y buena prueba de ello es que en cualquier momento cabe su expulsión gubernativa. (Vide la reciente Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio (BOE 158)

sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, en cuyos títulos VI y VII se regulan, respectivamente, la expulsión por estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado, y las garantías y protección de sus derechos). Sin que valga alegar en contrario que el régimen administrativo es territorial y no personalista; que el principio de igualdad se basa en el individualismo, no en criterio nacionalista puro; que de hecho el extranjero es tratado en múltiples órdenes como el nacional; nada de ello implica una equiparación que borraría la sustancia misma del Estado como Pueblo organizado en comunidad política merced a la homogeneidad de sus componentes.

Se denominan zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros (artículos 4 de la Ley y 4 del Reglamento) aquellas en que, por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado, resulta conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero.

La determinación y delimitación de estas zonas y la fijación del porcentaje máximo de propiedades y otros derechos reales, en favor de extranjeros dentro de cada una de ellas (porcentaje que en ningún caso podrá exceder del 15% de su superficie) se realizará por Decreto aprobado en Consejo de Ministros a propuesta de la Junta de Defensa Nacional o iniciativa del Ministerio de Defensa.

3. *Delimitación*

En el Anexo II del Reglamento se delimitan las zonas y en el Art. 32 del mismo se fijan los porcentajes máximos de propiedad y otros derechos reales inmobiliarios en favor de extranjeros, así:

a) Territorios insulares comprende la totalidad de islas o islotes del territorio nacional, siendo el porcentaje máximo del 15% para las islas de superficie igual o superior a Formentera (82,6 Km^2) y del 0% en las restantes.

b) Territorios peninsulares. Zona de Cartagena (15%), Zona del Estrecho de Gibraltar (10%), salvo en los Centros de Interés Turístico Nacional a los que se aplicará su propia norma; Zona de la Bahía de Cádiz (10%); Zona Fronteriza con Portugal (15%); Zona de Galicia (15%) y Zona Fronteriza con Francia (15%), con excepción del término municipal de Llivia, en el que el porcentaje es del (10%).

c) Territorios Españoles del Norte de Africa. En los que si son insulares se aplica la norma general, (apartado a) y si no lo son el 5%.

El Gobierno puede por Decreto crear o suprimir zonas, modificar sus límites y modificar los porcentajes (dentro del 15%).

4. *Cómputo de Porcentaje*

En las zonas insulares, el porcentaje se computará por islas y, en cada una de ellas, por términos municipales. Para el del litoral y los fronterizos, se computarán separadamente la franja de costa o frontera, respectivamente, en una profundidad de un kilómetro y la de interior del término.

Cuando en un terreno o solar existe un edificio en régimen de propiedad horizontal, solamente se computará como pertenenciente a extranjeros el porcentaje de superficie de dicho terreno que corresponda a la cuota de participación en el valor de la finca.

En las comunidades proindiviso se aplicará el mismo criterio de cuotas.

En el supuesto de servidumbres sólo se computará la superficie afectada, cuando sea posible su localización concreta y su medición.

No se incluirá en el cómputo, la superficie ocupada por los actuales núcleos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales. Respecto de las futuras tampoco se incluirán en el cómputo, cuando consten en Planes aprobados conforme a lo establecido en la legislación urbanística que hayan sido informados favorablemente por el Ministerio de Defensa, o lo hubieran sido en su día por dicho Ministerio. Este precepto (art. 35 del Reglamento) ha planteado algunas lagunas legales. En un estudio de una Comisión de los Colegios de Abogados, Notarios y Registradores de la Propiedad de Baleares de 10 de Marzo de 1979 se dice al respecto: "Creemos sinceramente que a la propia Autoridad Militar no le va a ser fácil conocer la situación del censo de propiedades extranjeras en la Zona de Acceso Restringido a la Propiedad por parte de Extranjeros dado que las zonas de acceso libre son fluctuantes y tienden a ampliarse a través de futuras urbanizaciones con planes aprobados conforme a la legislación urbanística".

La Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983 (B.O.E. de 11 de noviembre) dictada en cumplimiento del artículo 43 del Reglamento ha solucionado buena parte de los problemas interpretativos pero no todos. La Asesoría y las Asesorías Jurídicas de los Cuarteles Generales vienen sosteniendo que la única forma de interpretar el precepto de forma que no produzca alteraciones en la superficie, y, por ende, problemas e inseguridad jurídica es la de entender que los núcleos urbanos (hoy suelo urbano) sí están sujetos a autorización militar pero no están incluídos en el porcentaje del término municipal susceptible de ser propiedad de extranjeros.

La interpretación que viene dando el Ministerio de Defensa, acorde con el dictamen de su Asesoría Jurídica General es la de que el artículo 35.1 del Reglamento está en relación con los artículos 33 y 34, que le preceden, y que tratan de establecer cómo se han de computar los porcentajes máximos de propiedad por parte de extranjeros establecidos en el art. 32 y, por tanto, cuando habla de quedar fuera del ámbito de aplicación del Cap. III del

Reglamento las zonas urbanizadas o de ensanche, se está refiriendo al citado cómputo máximo, no a otros extremos de dicho Capítulo y menos a la necesidad de autorización militar requerida para los actos enumerados en el Art. 37. Por tanto, las zonas urbanizadas o de ensanche (concepto técnico en la Ley de Régimen Local que se refiere a terrenos objeto de actuación municipal que se hayan realizado conforme a los preceptos acogidos a la Ley de 26 de julio de 1982) y que tuvieron tal condición con fecha anterior a 14 de abril de 1978) no deben estimarse –a los efectos del cómputo máximo autorizado en cada una de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros– pero siempre será necesaria la autorización militar aun en dichas zonas cuando se trate de alguno de los actos enumerados en el art. 37; si bien, la negativa de la autorización militar no podrá fundamentarse en base a que se han superado los porcentajes máximos. Abona esta interpretación que el artículo 38 del Reglamento que trata de las excepciones a la autorización militar tan sólo exime del requisito a los Centros de Interés Turístico.

Sin embargo la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia en su dictamen de 26 de abril de 1984 opina que cuando el artículo 35 del Reglamento dice que determinados núcleos urbanos quedan fuera del ámbito de aplicación del Capítulo quiere decir, lisa y llanamente, aunque de forma implícita, que en dichos núcleos no son aplicables ninguna de las limitaciones del citado Capítulo y, por supuesto, la del art. 37 que exige autorización militar para determinados actos de transmisión o gravamen. De ahí que en tales núcleos no debe ni exigirse autorización militar ni computarse su superficie en el porcentaje máximo.

En la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983, (B.O.E. 263), dictada de acuerdo con el Ministerio de Defensa, se ha recogido esta segunda interpretación, pues, en su artículo 5º se dice que los Capitanes Generales remitirán al Registrador de la Propiedad un plano en el que aparezcan marcadas las líneas que, aún dentro del ámbito teritorial de la zona restringida, enmarque el perímetro del área exenta de la aplicación de las normas limitativas de la Ley y el Reglamento y, por tanto, del cómputo. El art. 6º de esta Orden aclara que la expresión "núcleo urbano" y "zona de ensanche" quedan subsumidas dentro del concepto urbanístico vigente de "suelo urbano".

Respecto a las zonas o centros de interés turístico nacional, su superficie ha de incluirse en el cómputo, pero la autorización militar en favor de extranjeros se considera concedida con carácter general en el Decreto de declaración, salvo que se haga constar lo contrario, como es lo más común; pero, si constituye suelo urbano, debe ser excluída la superficie.

5. *Ambito personal*

En cuanto al ámbito personal de las restricciones sobre acceso a la propiedad de extranjeros, afectan a:

- personas físicas extranjeras (y apátridas)
- personas jurídicas extranjeras
- personas jurídicas españolas controladas por extranjeros
- españoles (por Decreto 2.636/1982 de 12 de agosto se modificó la D.F. 1ª del Reglamento para someter a autorización del Consejo de Ministros los actos jurídicos que recaigan sobre bienes inmuebles sitos en los territorios españoles del norte de Africa, cualquiera que sea la nacionalidad del adquiriente).

En la redacción primitiva se refería a los extranjeros o españoles nacionalizados.

Para resolver la problemática de determinar cuándo una persona jurídica está controlado por extranjeros se actúa por remisión al Reglamento de Inversiones extranjeras, cuyas normas son aplicables como supletorias del Reglamento.

En efecto, el art. 39 del Reglamento determina que será igualmente exigible la autorización militar en todos los casos que previene el art. 37 (más adelante será objeto de comentario) a las sociedades españolas cuyo capital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras en proporción superior al 50%, y que para determinar el porcentaje de inversión extranjera en una sociedad española se estará a los dispuesto en el artículo 7,32 y demás concordantes del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España aprobado por Decreto 3022/1974 de 31 de Octubre, que alude al carácter de extranjera de la sociedad española con capital extranjero comprendido entre el veinticinco y el cincuenta por ciento del capital social, en el que exista prevalencia de extranjeros en la dirección o gestión de la sociedad. Habiendo sido derogado en la actualidad el Decreto 3022/74 citado por el Real Decreto 2077/86 de 25 de Septiembre por el que se aprueba el Reglamento de Diversiones Extranjeras en España, la remisión debe entenderse hecha hoy a los artículos 8 y 20 de este último texto normativo.

Con esto se sale al paso de la práctica viciosa de eludir la limitación de adquisión por extranjeros en las Zonas de acceso restringido a sociedades españolas con capital extranjero minoritario de facto pero pertenenciente a figuras decorativas de nacionalidad española con el control extranjero a través de los miembros del Consejo de Administración o del Administrador único, o del apoderamiento general.

Este régimen excepcional de limitación a la adquisición de inmuebles por extranjeros en Zonas estratégicas de nuestro territorio, se viene respetando en todas las disposiciones liberalizadas de las inversiones extranjeras en España. Así, el artículo 13 del tan citado Real Decreto 2077/86 de 25 de septiembre dispone que cuando la adquisición de inmuebles se lleve a cabo por extranjeros, sean o no residentes, les será de aplicación la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional, si la finca objeto de dicha adquisición se encuentra en alguna de las zonas del territorio nacional especificadas en dicha legislación.

6. *Ambito legal de la restricción*

En cuanto a los actos jurídicos a que abarcan las limitaciones (entiéndase en sentido amplio) en la Zona de Acceso Restringido a Extranjeros, y siguiendo el repetido estudio de los Colegios de Abogados, Notarios y Registradores de Baleares, podemos hacer referencia a:

- prohibiciones
- limitaciones "strictu sensu"
- condiciones o requisitos para el acceso

Prohibiciones.- Queda prohibida la adquisición del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles:

1. En las islas o islotes de superficie inferior a Formentera
2. Más allá del porcentaje del 15% fijado para las demás islas o del porcentaje fijado para cada Zona.

Los actos jurídicos que, en las zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros, quedan sujetos al requisito de la autorización militar, de acuerdo con el art. 37 del texto reglamentario, son:

a) la adquisión, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase.

b) la constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos o servidumbres y demás derechos reales sobre fincas a favor de personas extranjeras.

c) la construcción de obras o edificaciones de cualquier clase, así como la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros.

Respecto a estos actos jurídicos, se ha planteado, en alguna ocasión, la cuestión y problema de si estarían o no incluídos los arrendamientos en las limitaciones. Entresacamos los puntos más importantes que arrojan luz sobre tal cuestión, de un dictamen de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa:

> "Esta Asesoría Jurídica General coincide plenamente con el informe del Auditor de la Región Militar, que estima nos encontramos ante un caso de evidente fraude a la Ley, pues se trata de una apariencia de arrendamiento en el que subyace la intención de realizar una compraventa, en contravención con lo dispuesto en la D.F. 1ª del Reglamento de 10 de Febrero de 1978, dictado para ejecución de la Ley 8/75 sobre Zonas o Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que en la redacción dada por el R.D. 2.636/1982, de 12 de agosto, sujeta a autorización del Consejo de Ministros los actos jurídicos a que se refiere el art. 37 del citado Reglamento cuando recaigan sobre inmuebles sitios en Ceuta y Melilla, cualquiera que sea la nacionalidad del adquiriente".
>
> "En efecto, el art. 6º del Código Civil dispone que los actos realizados

al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir.

En este caso resulta que hay una evidente compraventa aunque se haya tratado de disfrazarla de arrendamiento indefinido, como se deduce de las distintas declaraciones de los interesados, de la no existencia de documento escrito, de la no exhibición del recibo de cantidad, del contenido de la cesión del uso que supone más bien una adquisición plena del dominio, etc..."

"El artículo 37 sujeta a autorización militar la adquisición cualquiera que sea su título, de propiedad de fincas rústicas o urbanas, y la constitución, transmisión y modificación de hipoteca, censos o servidumbres, y demás derechos reales sobre fincas.

Conocido es que tanto la jurisprudencia como la doctrina dudan acerca de la naturaleza jurídica del arrendamiento, inclinándose porque se trata de un derecho real especialmente cuando es inscribible en el Registro de la Propiedad (duración superior a 6 años). Pero, en este caso, el acto estaría sujeto a autorización militar no sólo por su naturaleza real, sino también porque el arrendamiento está instrumentado en fraude a la ley, y encubre una verdadera transmisión de propiedad".

Limitaciones.

a) En cuanto a la superficie por adquiriente no hay límite por razones de Defensa (lo puede haber por la legislación de inversiones extranjeras). Existe una delegación de facultades del Ministro de Defensa en favor de los Capitanes Generales para parcelas de menos de 2.000 m^2 que, en las Islas Canarias ha ocasionado problemas, pues los municipios, y para vivienda unifamiliar, exigen parcelas mínimas de 5.000 m^2. Esto ha motivado una interpelación parlamentaria al Gobierno en 1984. Insistimos en que no hay un límite legal, aunque el criterio de autorizar o no es discrecional.

El dictamen de la Asesoría Jurídica General de Ministerio de Defensa de 10 de junio pasado, referente a ese tema de la no existencia de límite de superficie por extranjero dice así:

"Examinado el expediente de referencia, el Asesor informa que, según los informes de la Autoridad Regional, la adquisición no afecta a la Defensa Nacional y que no se sobrepasaría el porcentaje de la Zona de acceso restringido a la propiedad de extranjeros como se indica en el epígrafe, por lo que no exisite obstáculo legal para conceder la autorización.

El informe desfavorable del Comandante General de Baleares se debe al criterio de que en la Zona no debe sobrepasarse el límite de 2.000 metros cuadrados o dos viviencias por persona física o jurídica extranjera, pero resulta que tal criterio no tiene amparo en la Ley nº

8/75 y Reglamento de 10 de febrero de 1978, que la única limitación que tratan es la de que no se haya sobrepasado el porcentaje (15%) en el término municipal, computado en la forma que determina el artículo 33 del repetido Reglamento.

Por ello, y de acuerdo con el Masal del Estado Mayor del Ejército, el informe de esta Asesoría Jurídica General es favorable, al no existir impedimento legal. Aunque, no obstante y en aplicación del artículo 47 corresponde al Ministerio de Defensa la libre apreciación de las circunstancias al dictar la resolución a que se refiere el artículo 81, de acuerdo con la finalidad que motiva las restricciones (art. 1º de la Ley 8/75)".

Este otro dictamen del mismo Organo consultivo, trata la cuestión del límite de la superificie a adquirir por extranjeros, en los siguientes términos:

"La Sociedad... solicita autorización militar para adquirir 11 apartamentos en el término municipal de S. José (Ibiza), al amparo de lo dispuesto en los arts. 37 y 39 del Reglamento de 10 de Febrero de 1978.

Tiene la consideración de extranjera porque su capital social pertenece en el 65% a extranjeros, de acuerdo con el art. 39 citado en relación con el art. 7.3.2. del Reglamento de Inversiones Extranjeras de 31 de octubre de 1974.

Como los actuales propietarios son extranjeros que, en su día, obtuvieron la autorización militar, no experimentaría variación el porcentaje de propiedad que pueden poseer los extranjeros en el término municipal, que es el único obstáculo legal que prescribe el Reglamento en su artículo 33, si fuera rebasado. El Comandante General de Baleares y el Masal del EME informaron desfavorablemente por entender que es preferible muchos extranjeros con pequeñas propiedades que pocos y con muchas, criterio que no recoge expresamente el Reglamento aunque el art. 47 en relación con el 81 permite al Ministro de Defensa la libre apreciación de las circunstancias que concurren en cada caso, dentro de las autorizaciones preceptivas en las zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros. Invocan también para el desfavorable informe, que se ha mantenido en el pasado el criterio de no autorizar más de 2.000 m^2 o dos viviendas por extranjero, criterio que esta Asesoría Jurídica General entiende no se ajusta al Reglamento, aunque cabe mantenerlo de acuerdo con la discrecionalidad del art. 47, entendiendo también que el tratamiento no tiene por qué ser igual cuando se trata de una persona física o jurídica.

El Estado Mayor de la Armada informa favorablemente la petición.

En conclusión, corresponde resolver de acuerdo con el art. 81 en relación con el 47 al Sr. Ministro de Defensa, estando ajustada a derecho tanto la autorización como la denegación, conforme a lo que se deja expuesto".

La interpelación parlamentaria al Gobierno a la que hicimos referencia se planteó porque el criterio de algunas Autoridades militares Regionales era de que no se autorizan superficies de adquisición por extranjeros en Canarias de más de 2.000 m^2, cuando los Planes de Ordenación Urbana municipales exigían parcelas mínimas de 5.000 m^2.

La cuestión se ha resuelto aplicando el criterio de la Asesoría Jurídica General del Ministerio, ya que el Reglamento no establece más límite que el rebasar el tanto por ciento previsto del término municipal, computando separadamente la franja de costa y del interior.

Dejamos constancia, por último, de que la O.M. 43/1983 de 25 de mayo (B.O.E. 136) del Ministerio de Defensa implica una delegación del Ministro en los Capitanes Generales de las Regiones Militares para la concesión de las autorizaciones relativas a la adquisición por extranjeros de terrenos o fincas que no rebasen los 2.000 m^2 de superficie, debiendo dichas Autoridades dar inmediata cuenta al Ministerio de las autorizaciones que otorguen en virtud de esta delegación, lo que supone que para superficies superiores a los 2.000 m^2 la solicitud debe remitirse al Ministerio, remisión que también debe llevarse a cabo cuando el solicitante ya sea titular de terrenos o de propiedades, cuya superficie, unida a la que desea adquirir, rebase la extensición mencionada o cuando el Capitán General estime que debe informar otro Ejército.

b) En cuanto al título de adquisición. Los extranjeros no podrán adquirir por prescripción el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles.

Requisitos

- Autorización Militar
- Inscripción en el Registro de la Propiedad

Autorización Militar.- Ya hemos hecho referencia a los actos jurídicos sujetos a autorización militar, que son los mencionados en el art. 37 del Reglamento; pero, a estos deberíamos añadir lo que resulta de la aplicación del artículo siguiente, o sea el 38, es decir, que también están sujetos a autorización militar:

– los precedentes actos jurídicos referidos a terrenos situados en Centros o Zonas de Interés Turístico Nacional, cuando así lo establezca el Ministerio de Defensa en su preceptiva autorización previa a tal declaración.

La competencia es del Ministro de Defensa que ha delegado en los Capitanes Generales las autorizaciones para adquisición de terrenos o fincas inferiores a 2.000 m^2, como ya hemos indicado.

El criterio para denegar u otorgar la autorización militar está definido en el art. 26 de la Ley: "se hará siempre de acuerdo con la finalidad que motiva las limitaciones y restricciones que en él se imponen, *apreciando libremente* las circunstancias que concurren en cada caso".

La práctica ha establecido: que la autorización militar se refiere a obras que impliquen edificación no las de mera conservacción u ornato; que

no precisa autorización, la opción de compra o la promesa de venta; que se podría autorizar la escritura de compra-venta e inscribirla bajo la condición suspensiva de autorización militar y que la falta de autorización no produce la nulidad del negocio jurídico que será incompleto, y puede ser completado con la posterior autorización, en los términos que veremos más adelante.

El procedimiento de solicitud y concesión de la autorización están regulados en los arts. 79 a 87 del Reglamento, de cuyo prolijo detalle destacamos los siguientes puntos:

– Las autorizaciones, si los interesados fueren personas físicas, deberán solicitarse por aquéllos mediante instancia dirigida al Ministro de Defensa en la que harán costar su nacionalidad, circunstancias personales, tiempo y lugar de permanencia en España y cuantos datos estimen convenientes para justificar su petición.

– El solicitante deberá acompañar a dicha instancia:

a) Fotocopia del pasaporte y de la tarjeta de residencia, si la tuviere, y demás justificantes de sus circunstancias personales.

b) Certificación acreditativa de su conducta y antecedentes, expedida por la Autoridad competente del lugar de su resistencia habitual.

c) Croquis de situación en escala comprendida entre 1/5.000 y 1/25.000, y plano de la finca en escala no inferior a 1/500, así como el correspondiente anteproyecto o proyecto y la memoria explicativa, en su caso, si se tratara de obras o construcciones.

– Si alguno de los documentos a que se refieren las letras a) y b) del número anterior, estuvieren redactados en idioma extranjero, se acompañará su traducción al español, debiendo una y otros, así como las fotocopias del pasaporte y de la tarjeta de residencia, hallarse convenientemente legalizados.

– Si el interesado en la solicitud fuese persona jurídica extranjera o alguna de las sociedades españolas sujetas al requisito de la autorización, su instancia se ajustará, en cuanto sea aplicable, a lo dispuesto en el artículo anterior, debiendo acompañar, además, copia notarial del título o escritura de constitución, incluídos sus estatutos, y de sus posibles modificaciones, así como certificación expedida por las personas a quien corresponda la administración o representación de la entidad, relativa a la participación de personas físicas o jurídicas extranjeras en el capital y en los órganos sociales.

– La documentación presentada se cursará por conducto de la Capitanía General, la cual, en un plazo no superior a dos meses, elevará aquélla, con su informe, al Ministro de Defensa, a través del General Jefe del Estado Mayor del Ejército. En dicho informe, al que se incorporarán los de las Jefaturas Técnicas correspondientes, se hará constar la extensión de las propiedades extranjeras en la zona de que se trate, la proximidad de la finca objeto de la solicitud a terrenos u obras militares o que pudieran tener importancia desde el punto de vista de la Defensa Nacional y la opinión del Capitán General respecto a la conveniencia de acceder o no a lo solicitado

y, en su caso, respecto de la de recabar informe previo de cualquiera los Jefes de Estado Mayor de los otros Ejércitos.

A la vista de todo ello, el Ministro acordará lo que proceda y, en cualquier caso, resolverá dentro del plazo de otros dos meses concediendo o denegando la autorización solicitada.

– Si en el ejercicio de la facultades permanentes de control y vigilancia establecidas en los arts. 6 y 42 de este Reglamento, las Autoridades militares apreciarán indicios racionales de que las fincas u obras se utilizasen para fines contrarios a los intereses de la Defensa Nacional, podrán someterse a revisión las autorizaciones concedidas.

Las propuestas que se formulen con tal motivo servirán de base para acordar las medidas convenientes para hacer cesar dicha situación e incluso, en caso de evidencia, para anular dichas autorizaciones y decretar la correspondiente declaración de utilidad pública y subsiguiente expropiación, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 44, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas que pudieran proceder.

– Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando las autorizaciones solicitadas se refieran a obras o edificaciones de cualquier clase, una vez concedidas aquéllas, se estará a lo dispuesto en los arts. 62 y 66 de este Reglamento, en cuanto sean aplicables.

– Las obras u operaciones a que se refiere el art. 37 deberán llevarse a cabo dentro del plazo que para cada caso se determine en la correspondiente autorización, que se contará a partir de la fecha de ésta.

Se consideran caducadas las autorizaciones, aunque las obras u operaciones hayan sido iniciadas y no estén terminadas, una vez transcurrido dicho plazo, cuando no se justifiquen, dentro del mismo, las causas que lo hayan impedido, o cuando dichas causas, no sean consideradas suficientes o admisibles por la Autoridad otorgante.

– En materia de procedimiento, en todo lo no previsto en los arts. precedentes será de aplicación el Decreto 1.408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo a los Departamentos Militares.

Inscripción en el Registro de la Propiedad

El art. 41 del Reglamento dice:

1. Deberán necesariamente inscribirse en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se establezcan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan, en favor de personas físicas o jurídicas extranjeras, el dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

2. Deberán también inscribirse las concesiones administrativas, sobre los bienes citados, otorgadas a favor de las referidas personas extranjeras.

3. La falta de inscripción de los títulos indicados que se otorguen a partir

de la entrada en vigor de este Reglamento, dentro de los 18 meses siguientes a sus respectivas fechas, determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones, de lo cual deberán hacer advertencia los Notarios en las correspondientes escrituras.

4. En los casos en que sin culpa del adquirente, los referidos títulos estén pendientes de liquidación del Impuesto de Transmisiones o de cualquier otra formalidad que impide la inscripción, el plazo a que se refiere el párrafo anterior se ampliará a 24 meses.

La Ley de 12 de mayo de 1960 ya establecía la nulidad de pleno derecho por falta de inscripción, pero no fijaba plazo y, por tanto, se podía hacer en cualquier momento. La nueva Ley de 1975 sí lo fija y establece que su falta, en tal plazo, determina la nulidad. Los tratadistas han opinado que la sanción de nulidad por falta de inscripción vulnera los principios de nuestro ordenamiento jurídico, ya que el acto válido en su nacimiento no puede devenir nulo por circunstancias ajena y posterior. Sería aconsejable una reforma legislativa del requisito de la inscripción, estableciendo con claridad el sistema de la inscripción constitutiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1982 (Rf. Aranzadi 4928) se ha ocupado del tema dando la razón a los tratadistas pero no es aplicable, al menos directamente, a los supuestos posteriores a la Ley 8/75 y su Reglamento pues se refiere a la Ley de 12 de mayo de 1960 y a un supuesto de hecho de 15 de julio de 1968, aunque D. Francisco Núñez Lagos en su comentario a la Sentencia publicada en el Anuario de Derecho Civil del año 1984 (pág. 997) opina que el artículo 21 de la Ley 8/75 no es sino la versión actual de la Ley de 1960. Argumenta así: "En el Derecho Español no existen inscripciones en el Registro de la Propiedad que sean constitutivas. La constitución de un derecho va ligada, de modo absolutamente necesario, a la vida, capacidad y voluntad de las personas que los constituyen, que lo crean por acto de su voluntad, por la emisión de su consentimiento, que es alma de todo el negocio jurídico. Es absurdo hablar de un derecho, a cargo o a favor de una persona, que se haya constituído en un momento en que esa persona ya no existía por estar muerta. Inscripción constitutiva es aquella en que la inscripción es elemento integrante del mismo acto inscrito, de modo que el consentimiento propio del acto queda incorporado a la inscripción, se otorga en el acto de la inscripción. La inscripción constitutiva va unida al sistema de Registro que se llama Registro de Derechos, que no es el Registro de la Propiedad español; que es un Registro de títulos".

La conclusión a que llega F. Núñez Lagos es que en la Ley actual (8/75) los actos y contratos no inscritos, no son nulos. Al igual que cuando no han obtenido la autorización militar en los casos en que es necesaria, esos actos o contratos están incompletos, y no pueden ser aducidos en juicio, ni, en general, en el tráfico jurídico. La inscripción constituye un requisito para la plena eficacia del negocio jurídico contenido en la escritura, pero es indudable que la inscripción se puede y se debe hacer, precisamente para comple-

tar el negocio jurídico, para que éste alcance su plena validez y pueda el documento público ser presentado en juicio y utilizado en el tráfico general. Todo ello, en cualquier fecha. La finalidad de exigir la inscripción en el Registro, modificando el sistema de inscripción voluntaria, es la de que los Registradores puedan dar el parte de las adquisiciones y trasmisiones, parte que llega al Censo de Propiedades Extranjeras del ministerio de Defensa, y éste pueda llevar el control del porcentaje de inmuebles propiedad de extranjeros en la Zona. Si los Registradores han de cumplir la Ley deben inscribir aunque hayan transcurrido 24 meses, el defecto de plazo debe apreciarlo la Autoridad Militar la que podrá adoptar las medidas que estima oportunas. Una de ellas (23 Ley), si se ha sobrepasado el porcentaje, instar la expropiación de los inmuebles previa declaración de utilidad pública, pero la adquisición será válida y firme tanto que sólo se priva al extranjero mediante expropiación forzosa. El tema es desde el punto de vista doctrinal, discutible, aunque nos inclinamos por las tesis de Núñez Lagos, pero resulta esencial entonces, para proteger los intereses de la Defensa Nacional el cumplimiento del artículo 20 de la Ley "Los Notarios y Registradores de la Propiedad deberán exigir de los interesados el acreditamiento de la oportuna autorización militar, con carácter previo al otorgamiento o inscripción, respectivamente, de los instrumentos públicos relativos a los actos o contratos de transmisión de dominio".

En resumen, el problema debe quedar zanjado con el estricto cumplimiento por todos de la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983 y con el buen funcionamiento del Censo de Propiedades Extranjeras, que aún no funciona, a pesar del tiempo transcurrido desde la promulgación del Reglamento.

7. Autorización militar e Inscripción en supuestos especiales

Examinaremos cuatro supuestos de adquisición por extranjeros que denotan una cierta especialidad:

A. *Adquisición hereditaria universal o singular.* Deberán solicitar la autorización militar en el plazo de tres meses, o proceder a la enajenación de los bienes en el plazo de 1 año (Art. 46 del Reglamento). Transcurrido el plazo del año sin haberlo enajenado o, en el mismo plazo, si se denegó la autorización solicitada, el Ministerio de Defensa podrá proceder a la expropiación forzosa.

Lucas Fernández se ha ocupado de los problemas que presenta la determinación del día inicial del plazo, estimando como más adecuado el del otorgamiento de la escritura, aunque hay autores que estiman más acorde con los principios generales del Derecho, el de la fecha de la inscripción.

B. *Pérdida de su nacionalidad por un español.* Se aplican las normas de la adquisición "mortis causa", computándose el plazo desde el día en que se produjo la pérdida de la nacionalidad española.

C. *Adjudicación de bienes a extranjeros; como consecuencia de la disolución de Sociedad española.* Se aplican las reglas de la sucesión "mortis causa", con plazo inicial el de la escritura.

D. *Adjudicación de bienes al cónyuge extranjero, por disolución de la comunidad matrimonial de bienes.* la misma norma que para la disolución de la sociedad civil o mercantil.

8. *Indemnizaciones*

Tres preceptos del Reglamento (arts. 88, 89 y 90) regulan el tema de las indemnizaciones a los particulares por los perjuicios que se les originen como consecuencia de las tres instituciones de Zonas de Interés para la Defensa, de Seguridad o de Acceso Restringido a la Propiedad de Extranjeros. Tales indemnizaciones tendrán lugar conforme a las Leyes de Expropiación Forzosa y de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y serán compatibles con las que correspondan por daños provenientes de la utilización de medios militares. Ya hemos hecho referencia a que, en todo caso, el particular afectado podrá hacer uso del art. 23 de la L.E.F. (solicitar expropiación de todas las fincas cuando le resulte inservible una parte y se rompa el equilibrio de la explotación económica unitaria).

Determina el art. 90 que las obligaciones, servidumbres y limitaciones de todo orden que como consecuencia de la Ley y Reglamento resulten por obras o servicios públicos serán objeto de la adecuada compensación en los términos que establezca al Consejo de Ministros.

Comentario especial sugiere la redacción de la Disposición Transitoria 5ª del Reglamento: *"No serán indemnizables las limitaciones en zonas de interés para la Defensa Nacional y de Seguridad establecidas con anterioridad a la vigencia de este Reglamento, al amparo de las normas sobre Zona Militar de Costas y Fronteras y Zonas Polémicas y de Aislamiento."*

Este precepto lleva a la inseguridad jurídica, por un doble motivo:

– enorme dificultad de precisar el catálogo de normas vigentes con anterioridad a la publicación del Reglamento. Basta examinar la Tabla derogatoria del Reglamento para tomar conciencia del problema.

– para que la Administración Militar declare la no indemnizabilidad, al amparo de una normativa anterior, deberá probar la existencia de la normativa con efecto de obligación de observancia "erga omnes", es decir, su publicación y publicidad, y además, que de la limitación se dió cuenta al Ayuntamiento, para que éste adoptara la medidas oportunas en el otorgamiento de las licencias de obras.

9. *Sanciones*

Comprenden los arts. 91 a 101 del Reglamento.

Las infracciones de las disposiciones prohibitivas o limitativas que con-

tengan los Decretos por los que se establecen las Zonas de Interés para la Defensa Nacional, –así como las que vulneren lo dispuesto en los arts. 12 (realizar obras en Zonas de Seguridad próxima), 14 (plantaciones o edificaciones en zona lejana de seguridad), 20 (erección de obstáculos en zonas de seguridad radioeléctrica), 21 (autorización militar) para instalaciones fija o móvil de todo tipo de emisor radioeléctrico), 22 (establecer líneas de transporte de energía eléctrica con trazado paralelo al de las telefónicas o telegráficas militares, aéreas o subterráneas, a distancia inferior a 25 m., sin autorización del Ministerio de Defensa), 27 (instalar industrias o actividades que con arreglo a los Reglamentos Generales puedan calificarse de "molestas, insalubres, nocivas o peligrosas en una franja de 2.000 m. de anchura en torno del campo militar, desde su perímetro exterior) 37 (adquisiciones, construcciones por sociedades españolas con predominio extranjero)– podían dar lugar a las sanciones que se indican en los apartados siguientes.

El Acuerdo de demolición parcial o total o el de expropiación es de la exclusiva competencia del Ministro de Defensa, sin perjuicio de que, además, cabe la sanción pecunaria (hasta 25.000 ptas. las Autoridades Militares, 100.000 el Ministro de Defensa y hasta 500.000 ptas. el Consejo de Ministros) previo expediente con pliego de cargos y contestación del presunto infractor en su descargo, e informe preceptvo de la Asesoría Jurídica o Auditoría.

Contra las sanciones impuestas por las Autoridades militares, cabrá el recurso de alzada ante el Ministro de Defensa. Las resoluciones que se dicten para poner fin a estos recursos de alzada no serán susceptibles de nuevo recurso en vía administrativa. Tampoco cabrá, en vía administrativa, recurso alguno contra las sanciones impuestas por el propio Ministro o por el Consejo de Ministros. Contra las resoluciones que, conforme al párrafo anterior agoten la vía administrativa podrá acudirse a la vía contencioso-administrativa, salvo cuando se trate de discutir cuestiones que están expresamente exceptuadas de dicha jurisdicción conforme al art. 2º b) de su Ley (art. 93.3).

La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acuerdo recurrido, pero la Autoridad a quien competa resolverlo, podrá suspender de oficio a instancia de parte dicha ejercución, en el caso de que la misma pudiera causar perjuicio de difícil o imposible reparación. Para recurrir contra la imposición de una multa se verificará previamente el depósito de su cuantía, salvo en los casos de suspensión prevista en el art. 116 de la Ley del Procedimiento Administrativo.

Pensamos que cuanto se ha dejado expuesto en materia de sanciones y, en especial, en la vía recursiva ha de entenderse derogado por los arts. 24 y 106.1 de la Constitución, ya que, según el primero de ellos (Todas las personas –incluso los extranjeros– tienen derecho a obener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión) y, según el segundo (Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la ac-

tuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican). A este respecto, y con independencia de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el Profesor Garrido-Falla (Comentarios a la Constitución –Civitas 1980) dice así (pág. 1.066): "Sin que se produzca ninguna mutación sustancial de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la simple entrada en vigor de una Constitución que, como la nuestra, posibilita una serie de principios que atañen a las relaciones de la Administración con los administradores, es de suyo suficiente para dar lugar a una jurisprudencia más cercana al ideal de la Justicia Administrativa. Por eso, pienso que hay una serie de puntos concretos en los que determinados preceptos de la Ley Jurisdiccional han de modificarse, o sin más, han quedado derogados. Por de pronto, está el tema de los llamados actos políticos del Gobierno, exceptuados de fiscalización jurisprudiccional por el apartado b) del art. 2º de la Ley, después de vistos los arts. 97, 24, 103.1 y 106.1 de la Constitución, creo que tales actos no pueden quedar excluídos de fiscalización. Invocar, pues, que un acto de Gobierno, por razones de seguridad interior del estado puede desconocer derechos e intereses legítimos no puede, por consiguiente, dejar indefenso al afectado y privarle del acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero es que, además, el art. 24 de la Constitución en relación con el 106.1 viene a establecer en materia contencioso-administrativa la consagración del principio de la cláusula general (revisión jurisdiccional de la legalidad de toda la actuación administrativa) sin excepción posible; lo que prácticamente implica la derogación del art. 40 f) de la Ley Jurisdiccional y b) 2º, de la misma Ley".

Veamos cuáles han sido los razonamientos, en este punto, de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa, en diversos dictámenes de este año:

- "El interesado, con fecha 25 de septiembre, interpone recurso de reposición previo al recurso contencioso-administrativo, frente a la Resolución notificada el día 10 del mismo mes, por la que el Ministro de Defensa le impone la multa de 100.000 Ptas., por infracción de los arts. 18, c) y 37 a) y c) de la Ley y Reglamento de Zonas de Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, al haber realizado una obra, sin autorización militar en zona de acceso restringido a la propiedad de extranjeros.
- Las diversas cuestiones que plantea el recurso de resposición son:

  1. Que en la notificación se dice que frente a la resolución no cabe recurso, conforme al art. 93 del Reglamento de 10 de febrero de 1978, en cuyo párrafo 3º, se dice que contra las resoluciones que agoten la vía administrativa podrá acudirse a la vía contencioso-administritativa, salvo cuando se trate de discutir cuestiones que estén expresamente exceptuadas de dicha jurisdicción conforme al art. 2º b) de su Ley de 27 de diciembre de 1955.

  Sobre este punto, se estima que, conforme a la más reciente juris-

prudencia y doctrina, es dudosa la constitucionalidad del art. 93.3 citado, ya que la exclusión de la Jurisdicción contencioso administrativa de los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, se opone a los arts. 24 y 106.3) de la Constitución.

El art. 24 dispone que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales... y el 106,3) que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Por esta interpretación se inclina el Profesor Garrido-Falla en sus Comentarios a la Constiución Española (pág. 1066).

En conclusión, se considera debe estimarse esta primera alegación y entender que cabe recurso de reposición, como previo al contencioso-administrativo, entrando en el fondo del asunto.

2. Alega el recurrente que las obras se han realizado en 1977, es decir, antes de la entrada en vigor del Reglamento de 10 de febrero de 1978, ya que la Ley 8/75 entró en vigor, según su D.F. 1ª, en la fecha de publicación del Reglamento (14 de abril de 1978).

Se estima que esta alegación debe ser rechazada, porque la prohibición de realizar obras sin autorización militar no se instaura "ex novo" por la Ley 8/75, sino que estaba vigente con anterioridad según la Ley de 23 de octubre de 1935 y su Reglamento de 28 de febrero de 1936, precisamente derogados en la D.F. 3ª de la Ley 8/75.

Tampoco se considera estimable el que se haya aplicado el procedimiento sancionador del Reglamento de 10 de febrero de 1978, pues, aparte que rodea de más garantías al administrado, por cuanto que obliga a formular pliego de cargos, para replicarlo mediante el de descargos, no es otro que el de la Ley del Procedimiento Administrativo, que es de general aplicación.

3. Una tercera alegación se refiere a la afirmación de la Resolución de que las obras no se puedan considerar terminadas hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad. Por lo dicho en el apartado anterior, este extremo es irrelevante, pues la realización de obras en la zona de acceso restringido a la propiedad de extranjeros exige autorización militar, antes y después del Reglamento de 10 de febrero de 1978, siendo irrelevante si se inscriben o no en el Registro, pues el momento en que se inicia el expediente sancionador es aquel en el que la Autoridad militar, en sus funciones de vigilancia, tiene conocimiento de la iniciación o realización de la obra.

4. La alegación de que tenía autorización para adquirir la parcela y efectuar una construcción, tampoco es estimable, pues la necesidad de la autorización militar es distinta para adquirir y para construir, y ésta segunda necesita el examen del proyecto de la obra, única forma de

que se pueda examinar si afecta o no a la Defensa Nacional, bien por altura o por vistas, etc., pues ésta es la finalidad legal de la restricción.

5. La alegación d) del recurso se refiere a que las Autoridades Militares no sustituyen a los cometidos de los Ayuntamientos o de los Colegios de Arquitectos, lo que es evidente de acuerdo con la D.F. 2ª del Reglamento, que dice que los preceptos de este Reglamento se aplicarán sin perjuicio de las licencias o autorizaciones, etc...

Respecto a si la obra afecta o no a la Defensa Nacional, resulta claro que no es el recurrente el que debe juzgarlo, sino el Ministro de Defensa o la Autoridad Militar, quienes conforme el art. 47 del Reglamento citado, apreciarán libremente las circunstancias que concurren en cada caso.

6. Alega, por último el recurrente, la prescripción por haber transcurrido 5 años, según el art. 40 de la Ley General Presupuestaria. A este respecto, aparte de que no ha quedado demostrada la fecha de realización de las obras, ni si se han hecho en diferentes períodos, lo cierto es que precisamente la sanción se impone por no hacer solicitado el permiso militar, y que la acción sancionadora se pone en marcha cuando la Autoridad Militar tiene conocimiento de que se ha efectuado la obra, lo contrario supondría dar ventaja a las obras subrepticias hechas sin autorización y sin constancia registral, lo que es contrario al efecto querido por la Ley".

Si algún lector de esta tesis desea profundizar más en este tema de la desaparición, por exigencia de la Constitución de 1978, de la lista o catálogo de actos administrativos de carácter militar no susceptibles de su fiscalización en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, me permito indicarle que en las Segundas Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas, celebradas en Madrid en enero pasado, hubo una Ponencia sobre este tema, de la que tuve el honor de ser autor. La Ponencia y Conclusiones están editadas por la Secretaría de las Jornadas.

INFORME SOBRE LA OBJECION DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL (*)

Antonio MILLAN GARRIDO
Comandante Auditor
Profesor de la Universidad de Cádiz

SUMARIO

I. INTRODUCCION.– II. LOS MOTIVOS DE CONCIENCIA. MOTIVOS RELIGIOSOS, FILOSOFOS Y POLITICOS.– III. LA "OBJECION SELECTIVA".– IV. CIRCUNSTANCIAS QUE IMPIDEN EL RECONOCIMIENTO. LA "OBJECION SOBREVENIDA".– V. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL CONSEJO NACIONAL DE OBJECION DE CONCIENCIA.– VI. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO COMO OBJETOR DE CONCIENCIA: LA PRESTACION SOCIAL SUSTITUTORIA.– VII. REVOCACION O CADUCIDAD DE LA CONSIDERACION DE OBJETOR.– VIII. LA PRESTACION SOCIAL SUSTITUTORIA: SU REGIMEN.– IX. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE QUIENES CUMPLEN EL SERVICIO MILITAR Y LOS OBJETORES DE CONCIENCIA.– X. LA NEGATIVA A CUMPLIR EL SERVICIO MILITAR.– XI. LA NEGATIVA A CUMPLIR LA PRESTACION SOCIAL SUSTITUTORIA.– XII. EXCLUSION DEL SERVICIO MILITAR O DE LA PRESTACION SOCIAL SUSTITUTORIA DE LOS CONDENADOS POR NEGATIVA A CUMPLIRLOS.– XIII. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LOS MINISTROS DE CULTO.– XIV. LA "OBJECION TOTAL". LOS TESTIGOS DE JEHOVA: SU SITUACION JURIDICA EN ESPAÑA.– XV. DATOS ESTADISTICOS DEL PERIODO 1985-1987.

(*) Este trabajo constituye la comunicación presentada en el XI Congreso de la *Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, que tuvo lugar en Edimburgo del 19 al 23 de septiembre de 1988.

La comunicación, en cuanto dirigida a contribuir al informe general –en este caso, a cargo del suizo François Godet–, se ajusta a un cuestionario previamente elaborado, lo que confiere al trabajo carácter fragmentario y condiciona el tratamiento mismo del tema propuesto.

A pesar de tales limitaciones, he preferido reproducir el texto original, con la adición, tan sólo, de algunas notas y referencias bibliográficas que pueden resultar de interés al jurista español.

Deseo expresar en este lugar mi agradecimiento a la *Fundación Universitaria de Jerez*, que, al correr con los gastos derivados del viaje y estancia en Edimburgo, me posibilitó la asistencia e intervención en este Congreso.

1. El artículo 30 de la Constitución de 1978, tras disponer que "los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España", establece que "la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria".

La previsión constitucional, de aplicabilidad inmediata (1), no fue, sin embargo, objeto de formal concreción hasta seis años después, en que, por leyes de 26 de diciembre de 1984, se aprobó la normativa básica reguladora del derecho de objeción de conciencia al servicio militar.

Dicha normativa, de cuyo contenido di cuenta, en su momento, en el órgano de difusión de esta Sociedad (2), pese a constituir una regulación moderadamente progresista y, a mi modo de ver, aún con sus deficiencias, satisfactoria en su conjunto, fue mal acogida en determinados sectores, lo que provocó que el Defensor del Pueblo interpusiese recurso de inconstitucionalidad contra ambas leyes, en el que sustancialmente se impugnaba el procedimiento establecido, la suspensión del ejercicio del derecho durante el período de actividad del servicio militar –aspecto este cuestionado también por la Audiencia Nacional–, la mayor duración de la prestación social sustitutoria y sus regímenes penal y disciplinario.

El recurso interpuesto y las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas motivaron, junto a otras razones estrictamente políticas, el que, si bien desde 1985 ha venido funcionando el Consejo Nacional de Objeción de Con-

(1) Sentencia del TC 15/1982, de 23 de abril: "El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales ... Los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales ... son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental ... prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata ... Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protgegido ..." (FJ 8).

Vid., al respecto, especialmente, GONZALEZ SALINAS, P., "La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 34 (1982), pp. 489-496; DE ALFONSO BOZZO, A., "El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia. Comentario a la solución jurisprudencial transitoria para el ejercicio de un derecho constitucional", en *Revista Jurídica de Catalunya*, t. LXXXII-1 (1983), pp. 209-215; MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L., "El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Sistema*, núm. 62 (1984),pp. 3-35.

(2) Cfr. MILLAN GARRIDO, A., "La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho español", de *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXIV (1985), pp. 411-423, asimismo publicado en *Doctrina Penal*, núm. 31 (1985), pp. 391-397; "L'obiezione di coscienza al servizio militare nel Diritto spagnolo", en la *Rassegna della Giustizia Militare*, t. XI (1985), pp. 471-479; "Die spanische Gesetzgebung zur Regelung der Wehrdienstverweigerung", en *Informationen*, III/1985, pp. 59-63.

ciencia y los objetores han visto regularmente reconocido su derecho, no se afrontase el desarrollo de la Ley, en lo que a la prestación social sustitutoria respecta, impidiéndose, de esta forma, la material aplicación integral del sistema establecido.

En efecto, sólo tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Sentencias 160 y 161/1987, de 27 de octubre), que confirma en su totalidad la normativa básica reguladora de la objeción de conciencia (3), el Gobierno español aprueba, el 15 de enero de 1988, el Reglamento de la Prestación Social, que posibilita la entrada de funcionamiento del servicio de sustitución, al que, tras los preceptivos conciertos, es previsible sean destinados los primeros objetores dentro del último trimestre del corriente año.

En estos momentos, la normativa reguladora del derecho de objeción de conciencia en el Ordenamiento jurídico español viene integrada por las siguientes disposiciones:

1. Artículos 30.2 y 53.2 de la Constitución. El mandato constitucional lo reitera el artículo 37 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa nacional y la Organización militar, y, con posterioridad, asume su contenido el artículo 34 de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar.
2. Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria (LOC).
3. Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal (LOOC), modificada, en su artículo 2°, por Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre.
4. Real Decreto 551/1985, de 24 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y del procedimiento para el reconocimiento de la condición de objetor (RCNOC), a cuyo artículo 7° se ha dado nueva redacción por la Disposición final primera del Real Decreto 20/1988, de 15 de enero.
5. Acuerdo del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia de 13 de junio de 1985.
6. Artículos 130 a 135 del Reglamento de la Ley del Servicio Militar (RSM), aprobado por Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo.
7. Disposición adicional primera del Real Decreto 1519/1986, de 25 de julio, según la cual, "las funciones asignadas al Ministerio de la Presidencia en materia de objeción de conciencia se atribuyen al Ministerio de Justicia, al que se adscriben los órganos correspondientes".

(3) *Vid.*, en sentido crítico sobre el pronunciamiento, DE LUCAS MARTIN, F.J./ VIDAL GIL, E.J./ AÑON ROIG, M.J., "La objeción de conciencia, según el Tribunal Constitucional: algunas dudas razonables", en *Revista General de Derecho*, núm. 520-521 (1988), pp. 81-93. Asimismo, CAPELLA, J.R., "La objeción de conciencia ante el Tribunal Constitucional", en *El País* del 30 de noviembre de 1987; *CRUAÑAS, J./ RECALDE, J., "Objeción de conciencia: dos sentencias retrógradas"*, en *El País* del 22 de diciembre de 1987.

8. Real Decreto 20/1988, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de Conciencia (RPS).

9. Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de marzo de 1988, sobre sectores en que ha de desarrollarse la prestación social de los objetores de conciencia.

1. El reconocimiento como objetor ha de ser "por motivos de conciencia en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza" (art. 1.2 LOC).

Con esta fórmula, tomada la Resolución 337/1967 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, el legislador español ha pretendido regular la objeción de conciencia con la "máxima amplitud en cuanto a sus causas", sobre todo entender que "es la incompatibilidad entre las actividades militares y las convicciones del ciudadano y no la naturaleza de dichas convicciones, lo que justifica la exención del servicio militar".

La doctrina suele reconducir todas las motivaciones a tres tipos: religiosas, filosóficas y políticas.

a) Los motivos religiosos se derivan de determinados preceptos dogmáticos o de sus interpretaciones, que conducen al sujeto a violar la norma jurídica y respetar la religiosa, con el fin de asegurarse una recompensa espiritual o evitar sanciones o castigos ultraterrenos(4).

Durante siglos, la objeción de conciencia al servicio militar se fundó casi exclusivamente en motivos religiosos; estos motivos fueron los recogidos en las primeras regulaciones de la objeción y aún hoy existen legislaciones que limitan el reconocimiento a tales motivos, cuando no a la pertenencia a una determinada confesión religiosa.

En España, la primera regulación de la objeción de conciencia, contenida en el Real Decreto 3011/1976, de 23 de diciembre, se refería tan sólo a "los mozos que, por razones de conciencia de carácter religioso, se muestren opuestos al empleo de las armas y opten por sustituir el servicio militar en filas por una prestación personal en puestos de interés cívico". Tal limitación de los motivos alegables a los meramente religiosos fue la causa primaria determinante de que esta normativa no llegará a desarrollarse y, promulgada la Constitución, su "insuficiencia" fuese declarada por el Tribunal Constitucional (Sentencia 15/1982).

b) Los motivos filosóficos han adquirido una mayor relevancia en los últimos años como consecuencia del auge de los movimientos pacifistas y de las doctrinas basadas en la no violencia.

A estos motivos se refiere la LOC cuando alude a convicciones de orden ético, moral o filosófico. Dado que la "ética" no es sino una parte de la "filosofía" que trata de la "moral", parece que hubiera sido preferible no hablar de esas convicciones "éticas" o "morales" indisociables de los filosófico. También se incluyen en estos motivos las convicciones "humanitarias",

(4) *Vid.* GOMEZ DE AYALA, A., *L'obiezione di conscienza al servizio militare nei suoi aspetti giuridico-teologici*, Seconda edizione, Giuffrè Edit., Milano, 1966, p. 206.

necesariamente reconducibles a una valoración ético-filosófica y, en tal sentido, su supresión del texto no hubiese implicado restricción alguna.

Es más, la expresa referencia a todas esas convicciones –filosóficas, en último término– se presta a interpretaciones ambiguas o contraproducentes, aparte de que, de alguna forma, como en el caso de los motivos "humanitarios", ello puede conducir a valoraciones peyorativas del servicio militar(5).

c) Respecto a los motivos políticos, se ha opinado tradicionalmente en la doctrina que carecen del carácter absoluto e imperativo propio de los motivos de conciencia. Se trataría de una "objeción circunstancial", dependiente de una situación política concreta. De cambiar ésta, el objetor político no tendría inconveniente en prestar el servicio militar. Y, en tales supuestos, no existiría un real e insuperable conflicto de conciencia, sino la oposición del individuo al comportamiento de un deber legalmente establecido, con base tan sólo en su desacuerdo con los principios– o alguno de ellos– rectores de la estructura jurídicopolítica o social del Estado (6).

La realidad es que éstos y otros argumentos esgrimidos en contra de la motivación política en sí resultan poco convincentes.

En concreto, el más generalizado de negar la índole de imperativo de conciencia a las convicciones políticas por su naturaleza ocasional o contingente no puede entenderse acertado, porque, como se observa al respecto, además de no revestir siempre las concepciones políticas una naturaleza ocasional y de que tal ocasionalidad también se puede invocar respecto de las motivaciones religiosa y ética, nada parece impedir que el Estado, protegiendo la libertad de conciencia y por tanto la libertad ideológica, reconozca a sus ciudadanos la posibilidad de cambiar de opinión sobre el uso de las armas o sobre su participación activa en un conflicto bélico (7).

Ahora bien, aun partiendo de la base –doctrinal– de que las concepciones políticas se encuadran en el ámbito de la conciencia, resulta obligado admitir que en la legislación española el reconocimiento de la objeción de conciencia no abarca, al menos generalizadamente, a los motivos políticos.

En efecto, los motivos políticos no tienen, en todo caso, la misma naturaleza que aquellos basados en una convicción de orden religioso o filosófico, lo que impide considerarlos incluídos en el inciso final de la fórmula acogida por la LOC. Pero es que, además –y para mí es el argumento interpretativo más destacado–, de la lectura de los debates parlamentarios se

(5) En este sentido, el Diputado Centrista S.. Mardones Sevilla observó, durante la tramitación parlamentaria, cómo la específica referencia a las "convicciones humanitarias" podría dar lugar a una lectura no desable, según la cual quien presta servicio militar con armas carecería de dichas convicciones (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, Sesión plenaria núm. 117, 1984, p. 5351).

(6) *Vid.* BERTOLINO, R., *L'obiezione di conscienza negli Ordenamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli Edit., Torino, 1967, pp. 74-84.

(7) Cfr. AMERIGO CUERVO-ARANGO, F., "La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3 (1985), p. 20.

desprende con claridad que en la mente del legislador no estuvo nunca admitir generalizadamente la motivación política, rechazándose no sólo su referencia expresa sino otras fórmulas, como la de aludir simplemente a "motivos de conciencia" o "motivos religiosos e ideológicos", en las que excluir, sin más, las convicciones políticas hubiera carecido de todo fundamento.

De aquí que pueda sostenerse, sin reservas, que en la LOC no tienen cabida los motivos políticos como tales, esto es, los que se derivan de una concreta convicción partidista y que darían lugar a lo que en la doctrina italiana se conoce como "*objeción política contingente*".

Existen, ciertamente, motivos políticos más profundos, que suponen una concepción de la vida y del mundo incompatibles con el Ejército como "instrumento antirrevolucionario". En estos casos, se trata de convicciones político-filosóficas –frecuentemente de origen marxista– de carácter absoluto, que comportarían una situación de íntimo conflicto de conciencia para el sujeto, quien se encontraría en situación análoga a la del objetor por motivos religiosos o filosóficos (8).

Estos supuestos de "objeción política total" podrían tener cabida en la LOC porque, en su suma, aquí sí que estamos ante motivos de conciencia "en razón de una convicción de orden filosófico" o, en último término, ante "otros de la misma naturaleza".

3. Distinta de la objeción por motivos políticos es la denominada "objeción selectiva", que comporta el rechazo del servicio militar prestado en determinadas circunstancias, por ejemplo, en tanto el Estado se encuentre integrado en una concreta alianza militar o posea armamento nuclear.

Porque, como recientemente se ha destacado (9), tal rechazo selectivo puede tener su fundamento en una convicción de carácter político, pero también puede basarse en motivos religiosos, éticos o humanitarios. Así, un objetor "católico" podría oponerse a las doctrinas nucleares del "primer golpe" y del "primer uso" porque suponen la utilización de aquellas armas, lo cual, según algunos textos conciliares, "sobrepasa excesivamente los límites de la legítima defensa". Un objetor "por motivos éticos" podría oponerse al "primer golpe" por considerarlo agresivo y al "primer uso" por entenderlo desproporcionado a la previa agresión convencional. Un objetor "por motivos humanitarios" podría oponerse a las dos doctrinas por suponer el uso de armas termonucleares, que causarían la muerte de millones de seres humanos, cuando no la desaparición total de la humanidad.

Desvinculada, así, de la objeción por motivos políticos, no existe obstáculo técnico-legal alguno que impida el reconocimiento de la objeción selectiva en Derecho español, siempre y cuando se base en motivos "de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza".

(8) *Vid.* VENDITTI, R., *L'obiezione di conscienza al servizio militare*, Giuffrè Edit., Milano, 1981, pp. 66-67.

(9) *Vid.* PELAEZ ALBENDEA, F.J., *La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho positivo español*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 90.

4. La legislación española no prevé, de forma expresa, ningún tipo de circunstancia –como pudieran ser los antecedentes penales por delitos cometidos con arma de fuego– que, por sí, impida el reconocimiento como objetor de conciencia. Otra cosa es que determinadas circunstancias no puedan constituir la base para que se deniegue dicho reconocimiento, por "incongruencia entre los motivos y manifestaciones alegados por el solicitante y las conclusiones que se desprendan de las actuaciones obrante en el expediente". De todas formas, incluso a efectos de constatar la sinceridad del objetor, se suele observar que el carácter mudable de las convicciones o creencias no permite conferir un valor absoluto a los antecedentes personales del solicitante.

La única circunstancia personal que, en el Ordenamiento jurídico español, impide el reconocimiento como objetor de conciencia es la derivada de estar prestándose servicio militar en período de actividad.

Dice, en efecto, la LOC que "el derecho a la objeción podrá ejercerse hasta el momento en que se produzca la incorporación al servicio militar en filas y, una vez finalizado éste, mientras se permanezca en la situación de reserva" (art. 1.3).

La Ley, pues, en uno de sus puntos más polémicos, impide ejercer el derecho de objeción de conciencia durante el período de "actividad", esto es, el de prestación efectiva del servicio militar. Este límite se ha tratado de justificar con los argumentos siguientes:

a) Con el no reconocimiento de la que se ha venido a denominar "objeción de conciencia sobrevenida" se evitaría el fraude a la Constitución durante la etapa en que racionalmente es más probable que se produzca. Más ello no parece a la mayoría de la doctrina un obstáculo insuperable para admitir la "objeción en filas", al existir suficientes instrumentos –sistema de plazos, convalidaciones de tiempo prestado– para garantizar en gran medida la inexistencia de fraude (10).

b) Las convicciones religiosas o filosóficas en que la objeción se basa no surgen de inmediato, sino que requieren un período de maduración en la conciencia del individuo. Tal argumento resulta, asimismo, insuficiente para excluir categóricamente la posibilidad de que, durante el servicio en filas, surja una convicción profunda que conduzca a la objeción, sobre todo porque, "aunque, efectivamente, existe en la objeción de conciencia un proceso psicológico, no se puede computabilizar objetivamente la duración de este proceso y, menos aún, cuando surge en una etapa de la vida del sujeto en la que se están formando la conciencia y la personalidad individual, por lo que es mucho más receptivo a modificaciones y variaciones" (11).

c) El reconocimiento de la "objeción sobrevenida" podría afectar a los

(10) Cfr. AMERIGO CUERVO-ARANGO, F., "La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español", en *La Ley*, 1985-1, p. 1117.
(11) Cfr. AMERIGO CUERVO-ARANGO, F., "La objeción de conciencia al servicio militar" cit., p. 1117.

medios –personales– de acción de las Fuerzas Armadas, poniendo en peligro la eficacia del potencial bélico del Estado. Esta constituye, a mi modo de ver, la única razón por la que el legislador español, pese al criterio opuesto mantenido por diversos grupos parlamentarios, optó por no reconocer el derecho durante la prestación efectiva del servicio militar.

En mi opinión, aunque quizás motivos puramente pragmáticos hubiesen aconsejado una fórmula más flexible (12) resulta indudable que la objeción de conciencia "en filas" comporta unos riesgos no desdeñables para la eficacia de las Fuerzas Armadas, cuya necesaria tutela impone, en este caso, un límite objetivo al derecho previsto en el artículo 30.2 de la Constitución.

Al respecto, resulta altamente significativo que incluso autores que han abogado, de modo reiterado, por la posibilidad de ejercer el derecho de objeción de conciencia tras la incorporación a filas, no dejan de señalar que "también es necesario reconocer, con objetividad, que ello puede comportar serios problemas, porque una objeción al servicio militar iniciado puede desorganizar el aparato militar, integrado por una compleja máquina organizativa a la que podría ocasionar graves daños una imprevista disminución del contingente programado y ya incorporado" (13).

En esta línea, el Tribunal Constitucional (Sentencia 161/1987), partiendo de la consideración de la objeción de conciencia como un derecho autónomo y de su propia configuración en la Constitución, ha resaltado la necesidad de armonizar "el derecho individual del objetor con la salvaguarda del objeto o fines constitucionalmente reconocidos (la defensa de España y las Fuerzas Armadas a su servicio) que justifican un deber, el deber de defender a España y de cumplir el servicio militar obligatorio", armonización en la que el legislador puede entender –y así lo ha hecho– que, "en relación con esos bienes y fines, el ejercicio del derecho debe ceder durante el período del servicio en filas", por lo que –concluye– tal "exclusión temporal al ejercicio del derecho de objeción de conciencia a la prestación del servicio militar obligatorio es razonable y proporcionada a los fines que objetivamente persigue y no destruye o vulnera el contenido del derecho constitucionalmente reconocido" (14).

5. En el Ordenamiento jurídico español, la objeción de conciencia aparece configurada como el derecho constitucional –autónomo y no fundamental– a ser declarado exento del deber de prestar el servicio militar.

(12) Cfr. MILLAN GARRIDO, A., "El Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, en *La Ley*, núm. 931 (1984), p. 6.
(13) Cfr. VENDITTI, R., "Problemática actual de la objeción de conciencia al servicio militar", trad. de A. MILLAN GARRIDO, en *Revista General de Derecho*, núm. 487 (1985), pp. 944-945.
(14) A esta Sentencia 161/1987 formularon votos particulares los Magistrados De la Vega Benayas –con adhesión de García-Mon y González Regueral–, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Latorre Segura, todos ellos por entender que el fallo debió declarar inconstitucional el artículo 1.3 de la LOC, en cuanto impide ejercitar el derecho a la objeción de conciencia durante el período de actividad del servicio militar.

Se trata, pues, de un derecho no incondicionado tendente a la exención de un deber general –el de prestar el servicio militar–, y por ello "el objetor ha de someterse a un determinado procedimiento, pues no es un derecho que satisfaga con la mera existencia del dato de conciencia" (Sentencia TC 160/1987).

El reconocimiento como objetor de conciencia requiere, en suma, la "aportación de buenas y sólidas razones que, para ser contrastadas con otros bienes constitucionales, han de ser expresadas, trasladadas del sujeto objetor a la apreciación externa y ésta objetivamente valorada, de un modo racional y respetuoso, pero con los necesarios medios para garantizar su autenticidad".

A tal fin, la LOC articula un procedimiento que, aun justamente cuestionado en algunos aspectos –como la regulación de los efectos suspensivos de la solicitud o la posibilidad de que sean recabados de terceros documentos o testimonios–, es lo cierto que se caracteriza por "su flexibilidad en cuanto a las formas y los plazos y por las garantías que otorga al solicitante respecto de la imparcialidad y objetividad con que será juzgada su pretensión".

El reconocimiento corresponde al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, órgano administrativo (15) que, encuadrado en el Ministerio de Justicia, lo integra un Magistrado, que ejercerá las funciones de Presidente, dos Vocales, nombrados uno por el Ministerio de Justicia y otro por el de Defensa, un Vocal designado, asimismo, por el Ministro de Justicia entre objetores de conciencia que hayan finalizado la fase de actividad de la prestación social sustitutoria del servicio militar –auténtica novedad en Derecho comparado–, y un Vocal, que actuará como Secretario del Consejo, designado también por el Ministro de Justicia.

Se podrá, asimismo, acordar la incorporación al Consejo con voz pero sin voto, con carácter permanente o no, de aquellas personas que se considere conveniente y, especialmente, de representantes de las entidades donde desarrollen los objetores la prestación social sustitutoria (art. 13 LOC).

Recibida la solicitud en el Consejo –la legislación española no prevé expresamente la incoación de oficio, éste podrá recabar de los interesados que, por escrito u oralmente, amplíen los razonamientos expuestos en la solicitud. Asimismo, podrá requerir de los solicitantes o de otras personas, órganos o instituciones la aportación de la documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes (art. 3.2 LOC).

Esta última posibilidad –para muchos, incostitucional– "ha de referirse, como es lógico, a hechos susceptibles de comprobación, a hechos externos constatables, no a la intimidad salvaguardada por el artículo 18 de la Conti-

(15) *Vid.*, en contra de la afirmación del legislador de que el Consejo se configura como un órgano cuasijurisdiccional, CANO MATA, A., "El derecho a la objeción de conciencia y su regulación en el Derecho español vigente", en *Revista de Administración Pública*, núm. 108 (1985), pp. 37-38.

tución ..., sin que ello autorice a realizar pesquisas o investigaciones sobre la vida y conducta privada del objetor" (sentencia TC 160/1987) (16).

La legislación española garantiza el derecho de audiencia al objetor, pues es éste quien expone en la solicitud los motivos de conciencia que fundamenten el reconocimiento, pudiendo "aportar cuantos documentos y testimonios estime pertinentes a fin de acreditar las manifestaciones y los datos alegados" (art. 3.1 LOC). Además, el trámite de audiencia es obligatorio siempre que se recaben de "terceros" documentos o testimonios.

En cambio, en las eventuales sesiones orales, la LOC no prevé la asistencia letrada, que, según se ha observado, sería conveniente a fin de evitar que la perturbación de la intimidad del objetor exceda de lo estrictamente indispensable y porque contribuiría a reforzar la imparcialidad y neutralidad del Consejo, impidiendo aquellas preguntas capciosas que coloquen al objetor frente a serios conflictos mentales o que, simplemente, entren a valorar las doctrinas alegadas por el solicitante (17).

Tras este breve procedimiento, que será gratuito, el Consejo ha de resolver sin demora, pues, precisamente, a fin de evitar prácticas dilatorias, se establece que "transcurridos seis meses desde la presentación de una solicitud sin que haya recaído resolución, aquélla se entenderá concedida" (art. 4.4 LOC).

En su resolución, el Consejo declarará si ha lugar o no al reconocimiento de la condición de objetor de conciencia. La denegación de la solicitud sólo puede fundarse en dos causas:

a) Que el motivo o motivos alegados en la solicitud no figuren entre los admitidos en la Ley.

b) Que, sobre la base de los datos e informes de que disponga el Consejo, se perciba incongruencia entre los motivos y manifestaciones alegados por el solicitante y las conclusiones que se desprendan de las actuaciones obrantes en el expediente (art. 4.2 LOC).

Tal "*incongruencia*" no viene, en mi opinión, referida a una contradicción lógica entre las motivaciones expuestas por el objetor y su propia e íntima ideología, manifestada en la solicitud o en la ampliación de los razonamientos requeridos por el Consejo, por cuanto ello supondría, siempre, una valoración de las doctrinas del solicitante.

La incongruencia debe ser entendida como una falta de sinceridad y de seriedad en el objetor, como la discordancia entre su conducta personal y las manifestaciones –defraudatorias– formuladas al Consejo (18).

Con tal entendimiento, el cometido del Consejo se limita a la constata-

(16) En este punto, formularon votos particulares a la Sentencia 160/1987 los Magistrados De la Vega Benayas y García-Mon González Regueral, para quienes el derecho de objeción de conciencia no admite, por su propia naturaleza, "que personas u organismos extraños al objetor puedan ser requeridos por el Consejo para aportar al expediente elementos de juicio –documentos o testimonios– complementarios de los aportados por el objetor".

(17) Cfr. PELAEZ ALBENDEA, F.J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., p. 135.

(18) En este sentido, PELAEZ ALBENDEA, F.J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., p. 158.

ción de que el motivo o motivos alegados figuran entre los admitidos por la ley, así como a velar por la sinceridad y seriedad del objetor.

Por ello, en el sistema establecido por la LOC, cuando el motivo o motivos alegados estén entre los legalmente previstos y no se constate incongruencia –falta de sinceridad– en el objetor, el Consejo ha de resolver favorablemente la solicitud.

Contra la resolución del Consejo, denegatoria de la solicitud del reconocimiento de objeción de conciencia, cabe –sin perjuicio del potestativo recurso de reposición ante el propio Consejo– recurso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ante la Audiencia Nacional, cuya sentencia es apelable ante el Tribunal Supremo (Ley 62/1978, de 26 de diciembre, arts. 6 a 10). Agotada la vía judicial, el interesado puede interponer, en su caso, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 1 LOOC). Y, por último, eventualmente, a través de la Secretaría General del Consejo de Europa, recurrir ante el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, cuya decisión es vinculante para los Estados que, como España, han aceptado su competencia (19).

6. Quienes sean declarados objetores de conciencia quedarán exentos del servicio militar, pero "obligados a realizar una prestación social sustitutoria consistente en actividades de utilidad pública que no requieran el empleo de armas, ni supongan dependencia orgánica de instituciones militares" (art. 6.1 LOC).

Las características básicas de esta prestación son las siguientes:

a) Es una prestación constitucionalmente obligatoria. La posibilidad de eximir a los objetores de conciencia de todo servicio –que pudiera derivarse de una interpretación gramatical estricta del artículo 30 de la Constitución (20)– es rechazada, de modo general, por la doctrina, que la considera contraria al principio de igualdad (art. 14 CE), en cuanto supondría una discriminación de trato respecto de los obligados al servicio militar (21).

b) Es una prestación constitucionalmente sustitutoria. Desde el momento en que la objeción presupone la existencia de un deber –en este caso, el constitucional de realizar el servicio militar–, que se dispensa en atención a específicas razones de conciencia, la prestación social tiene carácter subsidiario, sustitutorio, y no puede configurarse como una opción "alternativa" al servicio militar (22).

(19) *Vid.*, especialmente, en esta materia, FORASTER SERRA, M., "Regulación de la objeción de conciencia", en *La Ley*, 1985-3, pp. 988-989; CANO MATA, A., "El derecho a la objeción de conciencia", cit., pp. 19-37.

(20) Esta interpretación es sostenida, entre otros, por FORASTER SERRA, M., "Protección jurisdiccional del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 46 (1985), p. 205; DE LUCAS MARTIN, F.J./ VIDAL GIL, E.J./ AÑON ROIG, M.J., "La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional", cit., p. 89.

(21) Valga, por todos, PELAEZ ALBENDEA, F.J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., pp. 67-68.

(22) En este sentido, PRIETO SANCHIS, L., "La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho", en *Sistema*, núm. 59 (1984), p. 55.

c) Tiene carácter unitario, en el sentido de que la legislación española no prevé, junto a la prestación social, de naturaleza civil, un servicio militar sin armas.

En efecto, nuestro legislador, siguiendo un criterio que hoy parece ser mayoritario, considera la negativa del objetor al servicio militar como un rechazo total al mismo e instituye, como único servicio de sustitución, una prestación social a desarrollar, en todo caso, al margen de las Fuerzas Armadas.

Este carácter unitario que hoy reviste el servicio de sustitución no se deriva, sin embargo, necesariamente del texto constitucional. Y, en tal sentido, aunque como mera hipótesis interpretativa, se ha dejado constancia de la posibilidad de crear dos servicios para los objetores de conciencia. Un servicio militar no armado para aquellos que, por motivos de conciencia, sólo se oponen al uso personal de las armas, y un servicio civil para aquellos que por escrúpulos de conciencia se oponen a todo servicio militar, armado no (23).

7. La resolución del Consejo, cuando suponga el reconocimiento como objetor de conciencia del solicitante, comportará, pues, en el órden castrense, su clasificación definitiva como "exento del servicio militar" y, en el ámbito de la prestación social sustitutoria, su sujeción a la misma.

La exención del servicio militar es, como se indica, definitiva y el objetor queda, incluso en eventuales situaciones de anormalidad constitucional –estado de sitio, tiempo de guerra–, desvinculado por completo de las Fuerzas Armadas.

En consecuencia, la admisión a la prestación social sustitutoria y el propio reconocimiento que la justifica no pueden ser revodados por ninguna causa y sólo quedarán sin efecto por el voluntario desistimiento del objetor.

Lo contrario fue defendido, durante los debates parlamentarios, en una enmienda a la LOC con la que se pretendía que "en caso de haber sido condenado en virtud de sentencia firme, como autor de cualquier delito que implique lesiones, violencia o daños contra las personas o cosas, el objetor de conciencia, cualquiera que fuere la situación en que se hallare con respecto a la prestación social sustitutoria, dejará de ser reconocido como tal objetor" (24).

La enmienda, que, obviamente, no prosperó en el Senado (25), resultaba incoherente con el propio sistema, que no exige el rechazo al uso de la violencia en la vida privada como determinante del reconocimiento. En la

(23) Cfr. PELAEZ ALBENDEA, F.J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., p. 68.
(24) Esta enmienda de adición –la número 49– fue formulada, a título particular, por el Senador D. Vicente Bosque Hita, del Grupo Parlamentario Popular. La justificó señalando que "los delitos por lesiones, daños en las cosas, incendio, violación, etcétera, son incompatibles con la calidad de objetor de conciencia". Cfr. *Boletín Oficial de la Cortes Generales*, Senado, II Legislatura, Serie II, núm. 138 (c), 14 de junio de 1984, p. 29.
(25) Diario de Sesiones del Senado. II Legislatura, Sesión plenaria núm. 82, 1984, pp. 4079-4080.

legislación española, en efecto, lo que justifica la exención del servicio militar no es la propia naturaleza de las convicciones del ciudadano, sino la incompatibilidad entre estas convicciones y las actividades militares. Y resulta claro que esa incompatibilidad puede darse aun cuando el objetor no sea, en las relaciones privadas, contrario al uso de la violencia.

En otro órden, tras el reconocimiento, cualquier acción u omisión del objetor que atente contra el servicio de sustitución será sometida, según proceda, al régimen penal o al disciplinario –previstos en la normativa reguladora del derecho de objeción de conciencia al servicio militar–, pero tal conducta no puede servir de fundamento a una revocación o caducidad del reconocimiento como objetor no previstas, en ningún caso, por la legislación española.

8. El régimen de la prestación social sustitutoria se estructura en forma semejante al servicio militar y, como él, tiene una duración total de quince años, que comprende las situaciones de disponibilidad, actividad y reserva (art. 8 LOC).

a) La situación de disponibilidad abarca desde que el solicitante obtiene la consideración legal de objetor hasta que inicia la situación de actividad.

b) La situación de actividad comenzará el día en que el objetor realice el acto de incorporación y concluirá cuando obtenga la licencia y pase a la reserva.

c) La situación de reserva empezará al término de la situación de actividad, a partir del momento en que se consolide la exención del período de actividad o en el momento en que un reservista del servicio militar obtenga la consideración legal de objetor. Y finalizará el 1 de enero del año en que se cumplan los treinta y cuatro de edad, fecha en que se obtiene la licencia absoluta. En esta situación, el Gobierno puede acordar la reincorporación de los objetores en los supuestos previstos en la normativa sobre servicio militar y movilización nacional.

Las exenciones, aplazamientos y exclusiones de la prestación social sustitutoria han sido reguladas "de forma que dicha prestación quede equiparada en estas materias al servicio militar" (art. 9 LOC). Asimismo, se prevé la reducción de la situación de actividad a la mitad para aquellos objetores que tengan cumplidos los veintiocho años de edad (art. 33.2 RPS).

La duración de la situación de actividad, que según la LOC, "comprenderá un período de tiempo que no será inferior a dieciocho meses ni superior a veinticuatro", ha sido recientemente fijado por el Gobierno en el límite mínimo, esto es, en dieciocho meses (art. 2 R.D. 20/1988, de 15 de enero).

Esta mayor duración de la prestación social sustitutoria, en su situación de actividad, respecto al servicio militar –en la actualidad, doce meses–, que constituyó una de las cuestiones más debatidas durante la tramitación parlamentaria, se justifica por el legislador español, en el preámbulo de la LOC, señalando que "es, desde luego, una de las garantías de las que la Constitu-

ción exige para que la objeción de conciencia no constituya una vía de fraude a la Ley a través de la evasión del servicio militar, pero es también una necesidad para evitar discriminaciones, pues no pueden tratarse por igual situaciones desiguales y descriminatorio sería que la prestación social y el servicio militar, cuyos costes personales e incluso físicos son notablemente diferentes, tuviesen la misma duración".

En el segundo argumento –los menores costes personales y físicos del servicio de sustitución– insiste el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 160/1987, al justificar la mayor duración de la prestación social sustitutoria, con respecto al servicio militar, en el entendimiento de que ambos supuestos "no son similares, ni cabe equiparar la penosidad de uno y otro, ni tampoco olvidar que la prestación sustitutoria constituye, en sí, un mecanismo legal dirigido a establecer un cierto equilibrio con la exención del servicio de armas, exención que obviamente se extiende a un hipotético tiempo de guerra" (26).

Tales razonamientos no resultan convincentes porque, a mi modo de ver, parten, en lo sustancial, de un plantemiento erróneo: que la dureza de la prestación social sustitutoria es necesariamente menor que la del servicio militar, por lo que sólo a través de una distinta duración puede lqgrarse la equivalencia de prestaciones reclamada por el principio de igualdad.

Y ello no debe ser así, porque, precisamente, con independencia de la actuación del Consejo, el mejor procedimiento para garantizar que no se producirán abusos en esta materia consiste en establecer una prestación social seria y rigurosa, que acredite que sólo los ciudadanos que verdaderamente sientan un grave conflicto de conciencia a integrarse en las Fuerzas Armadas ejercitarán el derecho de objeción, sin rehuir un análogo servicio a la comunidad (27).

Hay que partir, pues, de que la prestación social sustitutoria debe resultar, en líneas generales, tan rigurosa como el servicio militar. Y, siendo así, su mayor duración carece de todo fundamento, supone una discriminación y comporta un castigo injustificado para el objetor.

Como sectores prioritarios, para el efectivo desarrollo de la prestación social sustitutoria, señala la Ley los relativos a protección civil, conservación del medio ambiente, mejora del medio rural y protección de la naturaleza, servicio sociales –en particular, los que afecten a la acción comunitaria, familiar, protección de menores y adolescentes, tercera edad, minusválidos, minorías étnicas, prevención de la delincuencia y reinserción social de alcohólicos, toxicómanos y ex-reclusos–, servicios sanitarios, programas de

(26) Respecto a esta cuestión, formularon votos particulares a la Sentencia 160/1987 los Magistrados *De la Vega Benayas, García-Mon González-Regueral* y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, quienes sostuvieron la incostitucionalidad de la duración del período de actividad de la prestación social sustitutoria en los términos fijados por el inciso final del artículo 8.3. de la LOC.
(27) Cfr. PRIETO SANCHIS, L., "La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho", cit., p. 61.

cooperación internacional y cualesquiera otras actividades, servicios u obras de carácter análogo que sean de interés general (art. 6.2 LOC).

Este tipo de actividades garantiza a la sociedad una fuente de medios personales en caso de necesidad. No obstante, se dispone que "a los objetores de conciencia se les asignarán trabajos y funciones de tal manera que no incida negativamente en el mercado de trabajo (art. 6.3 LOC).

En tiempo de guerra, la prestación social sustitutoria consistirá necesariamente en el desarrollo de actividades de protección y defensa civil (art. 6.4 LOC).

En cuanto a su organización, la prestación social sustitutoria constituye un único servicio, cuya gestión e inspección corresponden al Ministerio de Justicia, a desarrollar en los distintos sectores indicados. Al respecto, aunque el servicio civil se realizará preferentemente en entidades dependientes de las Administraciones Públicas, está prevista la posibilidad de que se preste en instituciones privadas, siempre que éstas no tengan fines lucrativos, sirvan el interés general de la sociedad, especialmente en los sectores sociales más necesitados y no favorezcan ninguna opción ideológica o religiosa concreta (art. 7 LOC).

La entidad en que el objetor deba realizar la prestación social sustitutoria será determinada por el Ministerio de Justicia, "teniendo en cuenta prioritariamente las necesidades de los servicios civiles y, en su caso, la capacidad y aptitudes del objetor y su domicilio habitual" (art. 12.2.d LOC). También se tomará en consideración, en la medida de lo posible, el interés manifestado por el objetor, quien, en su solicitud de reconocimiento, debe expresar "el sector en el que preferentemente desea realizar la prestación social sustitutoria" (art. 5.2.e RCNOC).

9. La LOC parte del principio de "la eliminación de toda discriminación en cualquier sentido entre quienes cumplen el servicio militar y los objetores de conciencia".

En este sentido, los objetores de conciencia en situación de actividad tienen derecho, en el régimen jurídico español, al mismo haber en mano que los soldados en filas y a prestaciones equivalentes de alimentación, vestuario, transporte, sanidad y Seguridad Social. Disfrutan, igualmente, de cuantos derechos reconozca el Ordenamiento vigente a quienes se encuentran prestando el servicio militar activo y, en especial, el de reserva de puesto de trabajo que se hubiera desempeñado hasta el momento de la incorporación, así como de cuantas facilidades y derechos se reconozcan a efectos educativos a quienes se encuentran prestando el servicio militar (art. 10 LOC).

Este principio de igualdad impide, en otro órden, cualquier tipo de inhabilitación o restricción a quienes, reconocidos objetores, han realizado la prestación social sustitutoria. Así lo entendió el Senado español cuando rechazó una enmienda a la LOC, según la cual, los objetores de conciencia no podrían "ser titulares de licencias o permisos de armas, ni desempeñar em-

pleos que supongan el uso de las mismas, al menos hasta que tengan la licencia absoluta en la prestación social sustitutoria" (28).

Tal inhabilitación hubiera, además, carecido de cualquier fundamento en un sistema que, según hemos destacado, no exige, para ser conocido objetor de conciencia, un rechazo al uso de la violencia en las relaciones privadas.

10. Aquellos objetores que, sin haber sido reconocidos como tales –bien porque no lo solicitaron, bien porque les fue denegado el reconocimiento– se oponen a realizar el servicio militar o a continuarlo incurren, con su negativa, en el delito previsto en el artículo 127 del Código penal castrense.

Según dicho precepto, "el español que, declarado útil para el servicio militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años".

Por tratarse de un delito de "los comprendidos en el Código penal militar", su enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción castrense (art. 12 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar).

11. El que, habiendo quedado exento del servicio militar como objetor de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria, comete el *delito previsto en el artículo 2º, 3 de la LOOC.*

La negativa ha de comportar una inequívoca actitud de rechazo al cumplimiento de la prestación social sustitutoria, que, en la práctica, se derivará de la manifestación expresa del interesado. No bastan concretos actos indiciarios, como puede ser la falta de incorporación al servicio, que integrará, en su caso, el delito previsto en el artículo *2º, 2 de la LOOC.*

En otro órden, la negativa adquiere relevancia penal sólo cuando la obligación de cumplir el servicio sustitutorio deviene actual, real, efectiva. Antes, "una manifestación de rechazo queda en el ámbito abstracto y teórico de una mera eventualidad que en el momento oportuno podría no realizarse, dejando paso a una voluntad efectiva de contenido opuesto" (29).

La penalidad, que, en tiempo de paz, es la de prisión menor en sus grados medio y máximo –de dos años, cuatro meses y un día a seis años– e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, parece excesiva, particularmente por lo que respecta a la pena mínima.

En primer término, en éste, como en los restantes delitos contra la prestación social sustitutoria, la pretensión de establecer un régimen penal lo más similar posible al previsto para quien cumple el servicio militar ha primado sobre cualquier otra consideración, con lo que la pena no responde,

(28) La enmienda –de adición– era la número 48, que, "por congruencia con la propia declaración de objeción de conciencia", formuló, a título particular, el Senador del Grupo Popular D. Vicente Bosque Hita *(Boletín Oficial de las Cortes Generales,* cit, p. 29). Debatida en el Senado el 19 de septiembre, la enmienda fue rechazada con 41 votos a favor, 126 en contra y una abstención *(Diario de Sesiones del Senado,* cit., pp. 4079-4082).

(29) Cfr. VENDITTI, R., *L'obiezione di coscienza al servizio militare,* cit., p. 100.

en modo alguno, a las exigencias políticocriminales de incriminación de esta conducta.

Pero es que, además, en este supuesto, la penalidad –superior en si a la duración máxima de la prestación social sustitutoria– excede de la prevista para el correlativo delito de negativa a la prestación del servicio militar, que, como acabamos de ver, es la de uno a seis años de prisión (30).

Las mismas objecciones pueden formularse a la penalidad prevista para tiempo de guerra, que se concreta en prisión mayor o reclusión menor, en su grado mínimo, esto es, privación de libertad de seis años y un día a catorce años y ochos meses.

Dicha pena resulta excesiva tanto en atención a la propia exigencia de la conducta incriminada como en relación a la prevista para el delito de negativa a la prestación del servicio militar, que, en tiempo de guerra, es la de prisión de cinco a quince años.

El enjuiciamiento de este delito –que, aun integrado en el denominado Derecho penal especial, tiene naturaleza común, no militar– "corresponderá a la jurisdicción ordinaria, que aplicará como supletorio el Libro I del Código penal".

12. En relación al delito de negativa a prestar el servicio militar, se dispone que "una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará excluído del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra" (art. 127, 2 CPM).

La misma previsión se hace respecto al delito de negativa a realizar la prestación social sustitutoria, al establecerse que el objetor, "una vez cumplida la condena impuesta, quedará excluído de la prestación social sustitutoria, excepo en caso de movilización" (art. 2°, 3, parr. 2 LOOC).

Ambas disposiciones –tendentes a evitar sucesivas condenas por la misma conducta persistente– requieren, sin embargo, el efectivo cumplimiento de la pena impuesta, lo que, en mi opinión, impide aplicar la exclusión en aquelos supuestos que, por suspender la ejecución del fallo –remisión condicional– o extinguir la responsabilidad penal por derecho de gracia –indulto, amnistía–, no comportan un cumplimiento material de la condena impuesta.

13. Las únicas disposiciones especiales, en esta materia, vienen referidas a la religión católica y se contienen en la Orden 38/1985, de 24 de junio, sobre servicio militar de clérigos y religiosos, que desarrolla y complementa lo establecido en el Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede.

Conforme a esta normativa, los clérigos y religiosos, si bien "están sujetos a las disposiciones generales de la Ley sobre el Servicio Militar", desempeñarán, durante el servicio en filas, cometidos de carácter estrictamente religioso o, en su caso, asistencial, que no sean incompatibles con su estado. Quedan, además, exentos, incluso durante el período de instrucción, del

(30) *Vid.* FORASTER SERRA, M., "El nuevo Código penal militar y la objeción de conciencia al servicio militar", en *Sistema*, núm. 78 (1987), pp. 66-67.

manejo directo de armas: realización de ejercicios de tiro y servicios y guardias de armas con empleo de ellas.

Por otra parte, se podrá considerar como prestación social sustitutoria de las obligaciones militares "la de quienes, durante un período de tres años, bajo la dependencia de la jerarquía eclesiástica, se consagren el apostolado como presbíteros, diáconos o religiosos profesos en territorios de misión o como capellanes de emigrantes".

14. Los Testigos de Jehová, como "objetores totales", rechazan tanto el servicio militar como cualquier prestación sustitutoria. Esta postura de rechazo a todo tipo de servicio civil es propugnada, además, en España, por el Movimiento de Objetores de Conciencia (MOC), desde su II Congreso en 1986 (31). De hecho, la total insumisión de más de un 85% de los objetores reconocidos –el 55% son Testigos de Jehová y más del 30% pertenecen al MOC– ha sido, quizás, la causa principal de la demora en el desarrollo y aplicación efectiva de la normativa reguladora del derecho de objeción de conciencia.

En este tiempo, por lo que a los Testigos de Jehová respecta, se han realizado por el Ministerio de Justicia diversas gestiones que han fracasado ante el inflexible planteamiento dogmático de esta secta cristiana y las escasas vías que, para una posible solución práctica del problema, ofrece el Ordenamiento español.

Así, la posibilidad de eximir a los testigos de todo servicio –militar y civil– parece descartada, por cuanto, según hemos observado, tal posibilidad supondría una discriminación de trato respecto de los obligados al servicio militar o, en su caso, a la prestación social sustitutoria, contraria al principio constitucional de igualdad.

Tampoco cabe la exención de los Testigos de Jehová, como ministros de culto, por equiparación a los ministros católicos, por cuanto, tras los Acuerdos con la Santa Sede en 1979, los clérigos y religiosos –con la única excepción de los Obispos, a los que se dispensa, "en toda circunstancia", de cualquier obligación castrense– están sujetos, aun con un régimen excepcional y privilegiado, a las disposiciones generales reguladoras del servicio militar.

Por ello, los Testigos de Jehová, con su rechazo a cualquier tipo de servicio, incurrirán en el delito de negativa a cumplir la prestación social sustitutoria, y habrán de soportar, como mínimo, la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión, que impide, en si misma, la suspensión de la condena, cualesquiera que sean las demás circunstancias concurrentes.

No es aplicable, de principio, ninguna circunstancia eximente de la responsabilidad criminal. En concreto, en sede de culpabilidad, resulta indiferente la motivación del agente. Pues la determinación de que un sujeto es culpable se verifica con módulos jurídicos, es decir, un sujeto que realiza una acción típicamente antijurídica es culpable en tanto en cuanto no concu-

(31) *Vid.*, especialmente, RIUS, X., *La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*, Edit. Integral, Barcelona, 1988, pp. 143-213.

rra en él una causa de exclusión de la culpabilidad. Por ello, no es obstáculo, para concretar la culpabilidad, el que el acto responda a profundas convicciones, en tanto éstas no sean reconocidas y asumidas por el Ordenamiento jurídico (32).

En tal supuesto, no cabe siquiera entender atenuada la responsabilidad del sujeto, máxime desde que la reforma penal de 1983 suprimió, quizás con poco acierto, la referencia a la circunstancia de "obrar por motivos morales de notoria importancia", cerrando con ello una posible vía de atenuación a las conductas penales derivadas de profundas creencias divergentes de las valoraciones sociojurídicas de la comunidad.

15. Dado que hasta dentro de unos meses no entrará en funcionamiento la prestación social sustitutoria, los datos estadísticos de los que dejamos constancia vienen referidos exclusivamente a las demandas presentadas al Consejo (1), los reconocimientos (2) y la solicitudes rechazadas (3) en los tres últimos años, esto es, durante el período 1985-1987:

	(1)	(2)	(3)
1985	3766	3736	30
1986	5087	4995	92
1987	7061	6799	262

Debe significarse, sin embargo, para una efectiva valoración de los criterios del Consejo Nacional de Objección de Conciencia, que las solicitudes rechazadas en el último trienio (384), lo fueron por presentarse durante el período de actividad del servicio militar (26) o por superar la edad de licencia o ser mujer (358).

(32) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal Español, Parte General,* Décima edición revisada y puesta al día por A. SERRANO GOMEZ, Dykinson, Madrid, 1986, p. 440.

CONSECUENCIAS DE LA CAIDA EN CAUTIVIDAD BELICA EN ORDEN A LA CIUDADANIA, SEGUN EL DERECHO ROMANO

Manuel HERNANDEZ-TEJERO y GARCIA
Doctor en Derecho
Capitán Auditor, Secretario de Estudios
de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos de la Defensa

El prisionero de guerra recibe en las fuentes romanas el nombre de captivus, servus hostium, qui apud hostes est y qui in hostium potestate est.

La primera denominación alude simplemente al hecho de su captura, por lo que no sirve para individualizar la captura hecha por los enemigos bélicos o por otra clase de personas.

La segunda denominación alude a su condición jurídica de esclavo.

La tercera, a su permanencia en los *praesidia* del enemigo.

La cuarta denominación se refiere al poder que los *hostes* adquieren sobre el prisionero como consecuencia de la captura.

Ulpiano dice(1):

"Resulta írrito un testamento siempre que le sucede algo al testador, por ejemplo, si pierde la ciudadanía por súbita caída en esclavitud o por haber sido hecho prisionero del enemigo".

En otro texto(2) se afirma rotundamente que el capturado por los enemigos permanece ciudadano, antes de ser llevado a los campamentos de los que le capturaron, lo que constituye una sólida prueba *a contrario* de que una vez que ingresa en los campamentos del enemigo pierde la ciudadanía.

En las Sentencias de Paulo(3) se contrapone el *captivus* al *relegatus*, al primero no se le reconoce capacidad de testar, mientras que al segundo sí "porque conserva la ciudadanía".

Por otra parte, y en la misma dirección, puede señalarse que si conserva la ciudadanía romana el cautivo no habría sido necesaria la *Lex Cornelia*(4).

(1) D., 28, 3, 6, 5.
(2) D., 49, 15, 5, 1.
(3) Sentencias de Paulo III, 4a, 8 y 9.
(4) Ley que las fuentes atribuyen al dictador Lucio Cornelio Sila (año 81 a. de C.) y que se promulgó para que fuese posible, jurídicamente hablando, la sucesión *mortis causa* del cautivo que no regresaba a Roma, partiendo de la ficción jurídica de considerar que el prisionero había muerto en el momento de ser capturado; puesto que, según los principios del Derecho romano, el que moría en cautividad moría esclavo y en consecuencia no podía dejar ni sucesores testamentarios ni sucesores *ab intestato*, toda vez que como tal carecía de capacidad jurídica.

Claro está que pudiera argumentarse diciendo que, como en el caso de la libertad, no pierde jurídicamente la ciudadanía, pero se considera como si la hubiese perdido. Pero hay que observar que si los romanos entienden que el cautivo no puede hacer valer el testamento que hizo en Roma, porque no es ciudadano romano, no se trata de que los enemigos no reconozcan al cautivo la condición de ciudadano romano a pesar de conservarla jurídicamente, sino que son los mismos romanos los que jurídicamente le consideran desposeído de la ciudadanía.

Un texto del Digesto(5) se plantea y contempla el caso de aquellos que fueron entregados por Roma al enemigo y luego regresan a roma volviendo a ser ciudadanos, cuestión que según Modestino movió a disputa entre Bruto y Quinto Mucio.

En el caso del que fue entregado al enemigo, la causa de que cesase en su condición de ciudadano romano no fue el azar de la guerra, sino una decisión de Roma, por tanto no parece admisible que el regreso produzca automáticamente la recuperación de la condición de ciudadano romano, sino que será preciso saber si Roma persiste en su dación, de modo que si continúa rechazándole no recupera la ciudadanía, solución que fue la que prevaleció, según el texto últimamente citado.

Otro caso es el del deportado a una isla, que fue capturado por el enemigo encontrándose en esta situación.

Trifonino(6) razona del siguiente modo:

"Como el que regresa vuelve a la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido capturado, será deportado aquél que regrese a Roma después de haber sido redimido de los enemigos".

La situación del militar al que se había hecho prisionero sería, en un principio, la misma de aquél que había sido entregado al enemigo, del deudor que no cumplió la condena y –después de agotadas todas las oportunidades para que pagara o lo hiciera otro por él– era vendido *trans Tiberii,* o de aquél a quien se aplicaba la pena de la privación del agua y del fuego *–agua et igni interdictio–.*

Gayo, al hablar de este castigo, dice que el condenado al mismo perdía la ciudadanía romana y, como si ya no existiese, dejaba de tener la *patria potestas* sobre sus hijos, porque no es razonable que quien no es ciudadano ejerza potestad sobre uno que lo es.

Hay un texto de Alfeno(7), jurista de la época preclásica, en el que se lee lo siguiente:

"El que pierde la ciudadanía no le quita a sus descendiente ningún otro derecho sino el de que de él hubiera de pasar a ellos, si muriese intestado teniendo la ciudadanía, esto es: la herencia, los libertos y cualquier otra

(5) D., 49, 15, 4.
(6) D., 49, 15, 12, 15.
(7) D., 48, 22, 3.

cosa de esta clase de bienes se pudiere hallar; pero le quedan incólumes las cosas que se le darían no por el padre, sino por sus parientes, la ciudad o el Derecho natural. Así, los hermanos serán herederos legítimos de los hermanos y tendrán la tutela y las herencias de los agnados, porque estas cosas no se las dió el padre sino que se las dieron sus mayores".

En este texto Alfeno se refiere a las consecuencias de la aplicación de un castigo.

El texto figura en un título que se refiere a los interdictos, a los relegados y a los deportados.

En el caso del interdicto, que es al que parece que se está refiriendo Alfeno, se produce la *publicatio bonorum*, que tiene efectos limitadamente patrimoniales, sin repercutir sobre otro tipo de relaciones, según se lee en el pasaje.

En realidad, los efectos patrimoniales a que alude Alfeno no derivan directamente de la pérdida de la ciudadanía, sino de la *publicatio bonorum*, por lo que en caso de la cautividad bélica, al no haber *publicatio*, cabe pensar que tales efectos no se producirían. Luego no existe razón para que no tengan lugar, como consecuencia de la captura, los efectos patrimoniales derivados de la estructura familiar, estructura que, incluso en el supuesto del *interdictus*, se respeta.

Acerca del momento en que esta sucesión se produce tampoco puede dudarse. Necesariamente tiene que ser en el momento de la captura, por carecer de relieve y significación en el primitivo ordenamiento jurídico romano la muerte de quien, al convertirse en *servus hostium*, perdió la libertad y la ciudadanía.

La situación jurídica del *captivus* puede analizarse con referencia a su *status* y con referencia a sus relaciones patrimoniales. En el primer aspecto hay que considerar libertad, ciudadanía y familia. En el segundo aspecto, propiedad, posesión y obligaciones.

Que el *captivus* pierde la libertad parece evidente, entre otras razones por la denominación que se le aplica en las fuentes; pero sin embargo, se han mantenido posturas diferentes a la hora de enjuiciar esta pérdida de libertad.

Según la opinión de la mayoría de los autores, el cautivo no solo pierde de hecho la libertad, sino también jurídicamente y según el Derecho romano.

Hay un texto del Digesto(8) en el que no solamente no se establece oposición, sino ni siquiera diferenciación entre *captivitas* y *servitus*, y por el contrario se considera a la cautividad *ab hostibus* como un caso de *servitus*, lo mismo que el supuesto de aquél que siendo mayor de veinte años se dejó vender para partir el precio con el vendedor.

(8) D., 28, 3, 6, 5.

Algunos autores entienden que el cautivo se convierte en esclavo según el Derecho antiguo, y no según el Derecho clásico(9).

Mommsen(10) observó que la antigua jurisprudencia romana situaba la cautividad bélica entre las causas de *capitis deminutio,* mientras que más tarde no ocurriría así. Pero por otro lado, otros romanistas han creído que el cautivo fue considerado libre en el Derecho antiguo y esclavo en el clásico.

Para E. Cuq(11) la cautividad bélica da lugar a una servidumbre de hecho pero no justa, y aunque se haya pretendido –utilizando texto extrajurídicos– que daba lugar a una *capitis deminutio,* según este romanista no pueden prevalecer los textos no jurídicos, en que se usa la expresión *capitis deminutio* en un sentido no técnico, sobre textos como el de Ulpiano(12), en que se distingue perfectamente entre esclavitud y capitis deminutio. Sería el Derecho clásico el que reglamentó el postliminio.

En cuanto a la persona, parece evidente que no puede plantearse la cuestión de qué efectos produce el postliminio aplicado a quien era esclavo antes de caer prisionero, ya que en este caso no se darían los presupuestos del *postliminium;* sin embargo en algún texto se alude al caso de la recuperación de la libertad por el hombre libre(13).

Si el esclavo cautivo estaba afectado de algún impedimento perpetuo o temporal para hacerse libre, no cambiará su posición por haber sido redimido del poder enemigo. Por ejemplo, si había cometido un crimen de los previstos por la *Lex Fabea,* que reprimía el delito de plagio o fue vendido con la claúsula de no ser manumitido. Ahora bien, el que pagó el rescate lo retendrá sin que pueda ser ejecutada la pena, hasta que se abone el precio al *redemptor*(14).

No es exactamente igual el caso del que es redimido del enemigo de aquél que, antes de ser capturado, estaba condenado a trabajar en una mina.

A este no le retendrán el *redemptor,* sino que volverá inmediatamente a cumplir la pena que le había sido impuesta, ya que quien pagó por él cobrará del Fisco el precio que fue abonado(15).

No se trata pues en estos textos de plantear una cuestión que sería ociosa, la de si el esclavo se convierte en hombre libre al regresar del cautiverio. De lo que se trata es de precisar que la vuelta de la cautividad no supone la eliminación de aquellos impedimentos temporales o perpetuos que le afectaban en orden a conseguir la libertad.

(9) Fadda, "Teoria del negozio giuridico", Nápoles 1909, p. 158.
(10) Mommsen, "Le droit public romain", trad. franc. VI, París 1889, p.50, n.1.
(11) E. Cuq, "Manuel des Institutions juridiques des romains", París 1928, p. 112, n.8.
(12) D., 38, 16, 1, 4.
(13) D., 41, 1, 7, pr.
(14) D., 49, 15, 12, 16.
(15) D., 49,15, 12, 17.

Lo mismo según el Derecho romano que según el Derecho de todos los pueblos antiguos, es norma que el capturado por el enemigo se hace esclavo, y que la cosa que pasa al territorio de un Estado procedente del enemigo es *res nullius,* porque al enemigo no se le reconoce derecho alguno sobre esa cosa.

Abundan los textos en que los romanos reconocen que el ciudadano capturado por el enemigo es un esclavo, y lo mismo el extranjero capturado por Roma.

Pomponio reconoce(16) que cuando unos lugares son conquistados por el enemigo, todas las cosas dejan de ser sagradas o religiosas, lo mismo que los hombres libres pasan a ser esclavos. Y Marciano(17) dice que por Derecho de gentes son esclavos los hombres capturados al enemigo y los hijos que nacen de nuestros esclavos.

Es evidente, no obstante, que el prisionero de guerra no puede ser confundido ni con el hombre que sirve como esclavo creyendo de buena fé que lo es, ni con el ausente. El que sirve de buena fé sólo es esclavo de hecho, el ausente ni de hecho ni de derecho, mientras que el prisionero sería siervo de derecho.

Existe un texto de Calístrato(18) que a primera vista parece establecer una identidad entre el hombre que sirve como esclavo sin serlo, es decir, que es siervo de hecho, y el prisionero.

Ese texto dice así:

"También se auxilia al que estuvo en poder de los enemigos, es decir, al que fue capturado por ellos; pero no se concede ningún beneficio a los desertores, a los que se niega el derecho de postliminio. Sin embargo, los que estuvieron en poder de los enemigos podrían ser comprendidos en aquella parte del edicto que habla de los que se hallen retenidos en esclavitud".

Considerando atentamente el texto, se advierte que la apuntada identificación no existe, pues lo que se pretende es marcar la distinción entre desertores y hombres que han sido capturados por el enemigo y, por otra parte, lo que Calístrato compara es al que dejó de ser esclavo de hecho con el que dejó de serlo de hecho y de Derecho.

Los textos en los que se habla de *captivitas* y *servitus* separadamente(19) no constituyen fundamentos para negar la condición de esclavo de derecho del prisionero de guerra, sino que podemos derivar de ellos que entre el prisionero y los otros esclavos existen tres diferencias, ninguna de las cuales atañe a su naturaleza jurídica; primera, que el prisionero forzosamente ha de hallarse en el extranjero; segunda, que su dueño no es un romano; y tercera, que su liberación de la esclavitud se considera normal y previsible.

Una teoría minoritaria que se iniciara con Voigt sostuvo que el prisione-

(16) D., 41, 1, 7, pr.
(17) D., 1, 5, 5, 1.
(18) D., 4, 6, 14.
(19) D., 26, 4, 3, 5; D., 26, 1, 14, 1; Inst. 1, 22, 1; etc.

ro conservaba en teoría su libertad, aunque prácticamente y de hecho no pudiera ejercitar esta libertad por su condición de prisionero.

No hay base sólida para asegurar que la primera tesis fuese válida antes de Justiniano y la segunda en la época justinianea, pues el concepto de prisionero de guerra no parece haber sufrido evolución alguna.

En cambio, sí parece haber buenas razones para defender la tesis mayoritaria.

En primer lugar está la insistencia con que las fuentes hablan de la captura bélica como fuente de esclavitud.

En segundo término, no faltan alusiones concretas a la situación de esclavo del prisionero de guerra.(20)

También es altamente revelador un texto de Papiniano(21): Se cumplió la condición de un legado, que había sido garantizado con la estipulación después de haber caído prisionero de los enemigos el heredero, sin que de momento respondieran los fiadores, pues no había ni derecho ni persona a quien poder referir los términos de la estiuplación.

Es evidente que el texto no se refiere a que el prisionero haya muerto, sino a que jurídicamente se le considerará inexistente.

Son muchos los textos que califican al prisionero de *servus*(22).

También pueden encontrarse en las fuentes justinianeas(23) y por último en las fuentes literarias se alude también a la situación de *servi* de los *captivi apud hostes*(24).

Otra prueba favorable a la primera teoría es la de que, cuando se habla de personas capturadas por los piratas o ladrones, no se dice que se hayan convertido en esclavos sino que, más aún, se dice expresamente que permanecen libres(25).

(20) Cicerón, "Pro C. Raberio Postumo". 8, 22, y 9, 24.
(21) D., 36, 3, 5, pr.
(22) Just., 1, 12, 5: "Cuando un padre ha sido hecho prisionero por los enemigos, a pesar de convertirse en esclavo..."
D., 49, 15, 5, 2: "La persona libre que es capturada de ellos (los enemigos) se hace esclava".
D., 50, 18, 3, 1: "No puede hablarse de la herencia del que murió en poder del enemigo, pues ha muerto esclavo".
D., 41, 1, 7, pr.: "...hasta el punto de que los hombres libres se hacen esclavos del enemigo cuando caen prisioneros".
D., 49, 15, 24: "El prisionero de los enemigos, como son los Germanos o los Parthos, no sólo es esclavo de ellos, sino que recupera, sin más su antiguo estado, en virtud del postliminio".
D., 37, 1, 3, 6: "Pero no hay duda que se admite también la posesión de los bienes hereditarios *del que murió en cautiverio de guerra, a pesar de morir aquél como esclavo*".
(23) Reglas de Ulpiano, X, 4: "Si el padre es capturado por los enemigos, aunque se hace esclavo de los enemigos..."
Gayo, I, 129: Al comienzo del pasaje viene a decir lo mismo que Ulpiano.
(24) Tito Livio XXII, 60, 15 y Plauto Captivi III, 5 w. 26-28 y II, 1, v. 49.
(25) D., 49, 15, 19, 2: "Los apresados por los piratas o bandoleros siguen siendo libres..."
D., 49, 15, 24: "Así pues el que cae cautivo de los bandidos no se hace esclavo de ellos..."
D., 26, 1, 15: "Si un tutor no hubiera sido apresado por los enemigos, sino enviado a ellos en una embajada, o incluso se acogió a un asilo o hubiera ido a ellos como desertor, como no se *hace esclavo seguirá siendo tutor*".
D., 28, 1, 13, pr.: "Los que son apresados por unos atracadores, puesto que siguen siendo libres, pueden hacer testamento".

Los que sustentan la tesis opuesta parten de la consideración de que los romanos, cuando se refieren a una propia y verdadera servidumbre fundada en el *ius civile romanorum*, hablan de *justa servitus*, y cuando aluden a la esclavitud procedente de la cautividad bélica, no emplean esta expresión.

Esta argumentación sería poderosa si en Roma todos los efectos jurídicos tuvieran necesariamente que derivar del *ius civile romanorum*.

Al no derivar del *ius civile* no es *justa servitus*, pero sí es *servitus*.

Existe un texto de Paulo(26) que ilustra muy bien esta valoración de la *servitus ex captivitate:*

"Quien es capturado por los enemigos no puede hacer testamento, como esclavo que es".

Se trata de una *servitus* especial, de origen propio.

Voigt(27) y Ferrini(28) han creído encontrar dos textos en que se alude a una libertad de *captivus*, según la ley romana.

Un texto sería aquél de las "Noches Aticas", de Aulo Gelio(29), en el que un marido se lamenta de ser tratado como un esclavo, siendo libre, y de encontrarse en análoga situación a un *ab hostis captus*.

Dos tipos de argumentaciones pueden utilizarse para reducir el valor del texto transmitido por Aulo Gelio a su justos términos.

Por una parte, puede decirse que se trata de un texto que por su autor, por el tono en que está escrito y por el modo de ser transmitido, tiene poca fuerza dialéctica para desmontar los razonamientos procedentes de numerosas fuentes jurídicas.

Pero también puede interpretarse el texto no en el sentido de que el marido se lamente de que, siendo libre, es tratado por la mujer como un esclavo y de hallarse así en análoga de un *ab hostis captus*, sino en el sentido de que, siendo libre, el hecho de estar en poder de la mujer le convierte en esclavo, lo mismo que el estar en poder del enemigo convierte al hombre libre en siervo.

Por lo que respecta al otro texto(30), en él se trata de los que fueron capturados en guerras civiles, y se marca precisamente la diferencia con los *captivi ab hostibus*:

"En las guerras civiles, aunque suelan dañar a la República, no se lucha, sin embargo, por la ruina de ella; los que luchan a un lado u otro no son enemigos que puedan tener recíprocamente los derechos de cautiverio y postliminio, por lo que si son capturados y vendidos y luego manumitidos, se ha admitido que no es necesario solicitar del príncipe la condición de los mismos como libres de nacimiento, condición que no habían perdido, pues no hubo un cautiverio propiamente dicho".

(26) Sentencias de Paulo III, 4a, 8.
(27) Voigt, "XII Tafeln", I, p. 287.
(28) Ferrini, "Notas al Gluck, I, p. 220".
(29) II, 23, 10.
(30) D., 49, 15, 21, 1.

Es cierto que Paulo(31) parece hablar de la servidumbre injusta del cautivo, cuando escribe:
"Qui per injuriam ab extraneis detinebatur is, ubi in fines suos redisset pristinum ius suum reciperet".

Pero hay que observar varias cosas: "En primer lugar, que en ese texto se emplea *ius suum* en un sentido análogo al que tienen en la definición de Justicia. No se quiere decir que recupere sus derechos, sino que vuelva a ostentar la misma situación que tenía en la comunidad romana, la posición que allí ocupaba(32).

El término *injuriam* puede pues referirse, no a actuación injusta o a una servidumbre injusta, sino sencillamente a que esta situación contradice la posición que el romano ocupaba en su patria. No se trata pues de una valoración jurídica, sino de una constatación de realidades. Todo ello aparte de que el citado texto de Paulo ofrezca huellas de alteraciones.

Para Amirante el problema de las relaciones entre *captivitas* y *capitis deminutio* tiene escasa importancia para una valoración jurídica de la situación del prisionero, ya que en el fondo se reduce a una cuestión terminológica. Pero, aunque así sea, la idea no deja de tener interés, al menos teórico, en cuanto a la investigación acerca de las razones por las cuales los juristas clásicos no califican al prisionero de *capite deminutus.*

Para Kaser(33) la razón no es otra sino la concepción originaria de la *capitis deminutio* como una especie de muerte civil estrechamente emparentada con la *poena capitis,* y no se quería equiparar la pena capital con la *captivitas.*

Desserteaux(34) ha llevado a cabo un detenido análisis de textos, de los que se desprende que la regla *servitute mortalitati fere comparamus* es de la época de Justiniano.

Por otra parte, algunos texto literarios(35) califican de *capite deminutus* al prisionero, y parece difícil admitir que si en los orígenes la situación del prisionero no hubiera tenido la menor relación con la *capitis deminuto máxima*, los escritores citados –a pesar de no ser juristas– no hubieran osado salvar con una equiparación terminológica el abismo existente.

Lo que a nuestro parecer ocurre es, sencillamente, de *captivistas* y *capitis deminutio maxima* ofrecen, como consecuencia de la *spes postliminii,* características diferenciadas que impiden o dificultan una verdadera asimilación.

(31) D., 49, 15, 19, pr.
(32) Definición clásica del jurisconsulto Ulpiano: "Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi", esto es, constante y permanente voluntad de dar a cada uno "su derecho", en el sentido de "lo que es adecuado, *secundum ius* que le sea dado", "lo que le corresponde". Y así será conforme a *Iustitia* que, p. ej., al deudor se le prive del objeto que debe a su acreedor: al deudor se le está "dando su derecho", es decir, el tratamiento que jurídicamente le corresponde.
(33) Kaser, "Iura", III, 1952, p. 66.
(34) Desserteaux, "Etudes sur la formation historique de la capitis deminutió", II, París 1919, p. 392 y ss.
(35) Tito Livio, XXII, 60, 15; Horacio, Oda III, 5, 41; etc.

Sin embargo, la caída en cautividad bélica no recibe la denominación de *capitis déminutio maxima,* como la recibe la caída en esclavitud por otras causas.

Otra vez vuelve a advertirse una cierta separación en los textos jurídicos entre caída en esclavitud como consecuencia de la cautividad bélica y caída en esclavitud por otras causas.

Ya se expusieron las razones que pueden explicar esta separación, que no supone que el siervo por cautividad no se considere realmente esclavo, sino que tal separación es debida a las circunstancias que concurren en la cautividad bélica.

Ratti(36) se pregunta: ¿por qué no se debe verificar una *capitis deminutio maxima* en el caso del prisionero?

Reconoce el círculo romanista que la situación de esclavitud como consecuencia de la cautividad bélica se prevé como temporal y de cancelación retroactiva con el derecho de postliminio y la ficción de la *Lex Cornelia,* y también que los juriconsultos romanos muchas veces se refieren a la *capitis deminutio maxima* al mismo tiempo que a la muerte y con ésta la comparan.

Este mismo autor se plantea una dificultad para admitir estas explicaciones, y es la de que hay casos de esclavos –como el *servus poenae*– que pueden obtener la *restitutio in integrum* como consecuencia de la decisión imperial, y sin embargo se le llama *capite deminutus.*

No es bastante, esta dificultad es sólo aparente, ya que existe una profunda diferencia entre los dos supuestos.

En el caso del *servus poenae* hace falta un acto de voluntad del emperador; mientras que en caso del prisionero, dada la verificación de un hecho –el regreso– los efectos jurídicos se producen inmediatamente.

Festo(37) considera *deminutus capite* a aquél que cambió de ciudad, al que pasa de una familia a otra por adopción, al que es entregado en mancipio, al que es capturado por los enemigos y al que sufrió la pena de privación del agua y del fuego.

Creemos que no se deben extraer excesivas conclusiones del hecho de que se cite junto al prisionero al que cambie de ciudad, en orden al llamado *postliminiun in pace,* dada la circunstancia de que Festo contempla supuestos muy diversos en su definición, y no únicamente al prisionero de guerra y al que cambió de ciudad.

De un texto de Tito Livio(38), en que hablando de unos cautivos se diga no que fueron hechos simplemente esclavos, sino *servi Carthaginiensum,* tampoco se pueden sacar conclusiones acerca de que los romanos no los consideraban verdaderamente esclavos.

En un texto tomado de la obra de César sobre las guerras civiles(39)

(36) Ratti, "Studi sulla captivitas", Nápoles 1980, p. 29 y ss.
(37) Festo, "De significatione verborum": "Deminutus".
(38) Tito Livio XXII, 60.
(39) II, 32.

aparece con toda nitidez la idea de que la cautividad engrendra la situación jurídica de esclavo. En dicho texto se relata que cuando Domicio cayó bajo el poder del enemigo *–in alienam potestaem–* sus soldados dejaron de estar obligados a la fidelidad que le habían jurado.

J. Imbert(40) entiende que la expresión *capitis deminutio* no es la adecuada para indicar la situación del ciudadano romano cautivo. Dice este autor que el cautivo ni es *capite minutus* ni *servus*. Su situación no es la del esclavo romano ordinario, ya que goza del derecho de postliminio y su patrimonio está protegido como el de un hombre libre *in servitute*.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que entre el liberto dediticio que pasó a ser de nuevo esclavo por haber infrigido las normas que regulaban su condición y el esclavo público existieron profundas diferencias, y sin embargo uno y otro eran esclavos. Es coherente que el tratamiento aplicado a distintas clases de esclavos ofrezca diferentes matices y que todos ellos sean siervos.

En el estudio de la evolución del postliminio es básico precisar la verdadera calificación de la situación del prisionero, del *captivus*. ¿Es una situación *iusta* o *iniusta* desde el punto de vista romano?.

Aunque se ha polemizado en este punto(41), lo cierto es que las fuentes romanas no califican de *iniusta* la esclavitud del prisionero de guerra, sino que, por el contrario, fundan en el derecho de gentes la esclavitud del que fue capturado a los enemigos(42), y lo mismo la del romano que cae prisionero de los enemigos(43), como ya ha sido puesto de manifiesto en párrafos anteriores:

"El prisionero de los enemigos como son los Germanos y los Parthos, no sólo es esclavo de ellos..."

El término *iniuria* que aparece en el texto paulino transcrito "ut supra" (véase la nota treinta) no contradice lo que se viene diciendo, pues en ese texto no dice el jurista que los enemigos posean injustamente las cosas que arrebataron a los romanos, sino que se limita a decir que las consiguieron violentamente, lo cual es evidente puesto que de capturas bélicas se trata.

Por otra parte, basar la afirmación de que el *servus hostium* es un esclavo de hecho, porque según Marciano(44) no es siervo conforme al Derecho civil, es una afirmación completamente errónea, en el sentir del romanista Gioffredi, porque lo único que quiere aclarar la distinción de la esclavitud en *servitus iure civile* y *servitus iure gentium* es que la primera existe en conformidad no sólo al Derecho de Roma, sino al Derecho de todos los pueblos.

Por otro lado, si fuese un esclavo de hecho no perdería la ciudadanía

(40) J. Imbert. "Postliminium", París 1945, p. 15.
(41) Gioffredi, "Studia et Documenta Historiae et Iuris", 1950, p.26, nn.33-34.
(42) Gayo, Inst. 2, 69.
(43) D., 49, 15, 24.
(44) D., 1, 5, 5, 1.

romana, y caería por su base todo el régimen del postliminio, como cae por su base todo el derecho de patronato cuando un esclavo de hecho recobra la libertad.

Es cierto que los clásicos no consideran *capite deminutus* al cautivo, pero ello puede ser explicado fácilmente, siguiendo en parte a Gioffredi(45), por la circunstancia de que la incapacidad del cautivo descansa sobre un fundamento que no es exclusivo del Derecho romano, y sobre todo porque es una situación destinada a cesar no como consecuencia de la realización de un acto jurídico, sino por el retorno del cautivo.

Pero no sólo existe esta diferencia entre la figura del *captivus* y la del *capite deminutus*.

En un texto del Digesto(46) tomado del libro cuarenta y dos de los Comentarios de Paulo al Edicto, se dice que si un patrono es deportado, corresponde a su hijo la posesión de los bienes del liberto –y no es impedimento que se tenga por muerto al patrono–; distinto es el caso de que el patrono esté en poder del enemigo, pues entonces, en atención a que puede recuperar sus derechos, por el postliminio, se impide que puedan pedir la posesión sus hijos.

La distinción se basa en que en el caso del cautivo se prevé que regrese, mientras que en el caso del *deportatus*, la *restitutio* es una mera posibilidad imprevisible.

A propósito del cautivo se habla, por último, de la *spes postliminii*.

Como hizo notar M. Bartošek(47) en Derecho clásico la *spes postliminii* significa una realidad objetiva, la de que la cautividad es un estado transitorio, y al mismo tiempo la esperanza, tanto subjetiva como objetiva, de que el cautivo regresará a su patria y recobrará sus derechos.

La *spes postliminii* –subraya el autor citado– es la suprema expresión por la cual la doctrina clásica ha formulado, en interés y en atención al regreso del cautivo, el carácter transitorio de la cautividad bélica.

(45) Gioffredi, "Studia et Documenta Historias et Iuris", 1954, XVI.
(46) D., 38, 2, 4, 2.
(47) M. Bartošek, "Melanges De Visscher", I, Bruselas 1949, p. 37 y ss.

2. NOTAS

NOTAS SOBRE DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR (LA LEY Nº 12/1985)

Jose Ramón FERNANDEZ AREAL
Coronel Auditor

SUMARIO

I. EL DERECHO DISCIPLINARIO. A. Introducción. B. Derecho Disciplinario y Derecho Penal. C. Ausencia de faltas en el Código Penal Militar. D. Faltas comunes y Justicia Militar. E. Falta militar y delito militar.– II. JURIDIZACION DEL DERECHO DISCIPLINARIO. A. Abono y no abono para el Servicio. B. Colisión jurisdicción-mando. C. Tipificación insuficiente. D. El Secretario de Justicia. E. Prescripción de las faltas.

I. El derecho disciplinario.

A. *Introducción.*

"En un artículo publicado a fines del pasado siglo comenzaba Santi Romano subrayando la inexistencia, en Italia y fuera de ella, de un estudio monográfico sobre la potestad disciplinaria de la Administración Pública... no es de extrañar que tampoco encontremos en nuestros días, en particular en España, una investigación de carácter general sobre la potestad sancionadora de la Administración, en la que se encuadra, como una de sus manifestaciones, la potestad disciplinaria. La doctrina, para justificar esta "deserción" ha invocado frecuentemente el carácter fronterizo de la materia, que en su opinión se hallaría situada entre el Derecho Penal, el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal. Estimo, sin embargo, que las circunstancias determinantes de la situación expuesta, lejos de ser objetivas, revisten una naturaleza exclusivamente subjetiva: el análisis de la potestad sancionadora de la Administración y, con él, de las infracciones y sanciones administrativas, pertenece, de forma clara, a la ciencia jurídico-administrativa, por ser de este carácter las normas a tomar en consideración". Así se expresaba Rafael Entrena Cuesta en su prólogo a la obra de Miguel Montoro Puerto "La Infracción Administrativa", publicada en 1965(1).

(1) Montoro Puerto. La infracción administrativa. Nauta. Barcelona 1965.Pg.5

El problema central de todo estudio sobre lo ilícito o antijurídico (el "torto" de Petrocelli) administrativo no es otro que el de su distinción del ilícito penal(2), preguntándose tradicionalmente la doctrina si tal disección es posible o no y, caso afirmativo, si es posible basarse en criterios objetivos, cualitativos, o por el contrario, es preciso resignarse a razones meramente cuantitativas, dependientes de la voluntad del legislador, obediente, lógicamente, a criterios políticocriminales, basados en los principios hoy indiscutidos de intervención mínima y sometimiento a la Constitución.

La cuestión sobre la diferencia de naturaleza –si es que la hay– entre ilícito penal e ilícito administrativo adquiere singular relevancia en el ámbito del Derecho Militar, en el que la diferencia es tan tajante que el CPM sólo contiene delitos –no existen faltas penales militares– y la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario sólo contiene faltas de esta naturaleza –disciplinaria– sin admitir tampoco, cuando menos teóricamente, faltas de carácter penal. Dicho de otro modo, en Derecho Sancionador Militar sólo se puede ser condenado por delito o corregido por infracción disciplinaria, pero no castigado por una falta penal militar, puesto que tal género no existe. Para Montoro Puerto las notas diferenciadoras entre el ilícito disciplinario y el penal son, sintetizadas, las siguientes:

1. En orden a la finalidad, pues mientras el Derecho Penal tiene por finalidad el mantenimiento y la reintegración del orden jurídico general, el poder disciplinario viene a actuar, mantener, reintegrar y mejorar las condiciones de una relación particular de autoridad. Criterio que no compartimos, amen de por su ambigüedad, porque puede haber un Derecho Penal –el Militar– que no persiga el restablecimiento del orden general, sino solamente el de la Institución cuyos bienes jurídicos protege, mientras que, por su parte, el Derecho Disciplinario puede perseguir la defensa del orden general, no tipificándose las conductas antijurídicas como delitos, sino como simples infracciones administrativas por razones políticocriminales, como el principio de mínima intervención penal.

2. En orden a sus respectivos preceptos y sanciones, en el campo de la infracción disciplinaria no es de aplicación el principio nullum crimen nulla poena sine lege. Opinión insostenible hoy, a la vista de los artículos 24 y 25 de la Constitución (que no exisitía cuando Montoro publicaba su monografía).

3. Diferencias en razón de las garantías. Si el procedimiento punitivo del Estado se funda siempre en un acto jurisdiccional, la garantía de la jurisdicción no es, en cambio, necesariamente inherente a la potestad disciplinaria. Argumento que tampoco es válido desde la Constitución de 1978.

Como opinión personal, no nos bastan los argumentos de Montoro Puerto. Mas bien nos inclinamos a creer que el Derecho Sancionador –penal o

(2) Montoro Puerto. op.cit.Pg.81
(3) Montoro Puerto. op.cit.Pgs. 316 a 318

disciplinario– constituyen la "Patología Jurídica", formando, en unión de la Criminología, Derecho Penitenciario y Rehabilitador y Sociología del Derecho, una Ciencia Común, cuyo carácter jurídico es más que discutible.

B. *Derecho Disciplinario y Derecho Penal*

Cerezo Mir(4), tras analizar los diferentes criterios cualitativos, para intentar encontrar la diferencia entre los Derechos Penal y Administrativo, llega a la conlusión de que hasta el momento no ha sido posible encontrar un criterio que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo. Como ya hemos apuntado, mayor interés tiene para nosotros la distinción entre lo penal-militar y lo disciplinario militar, especialmente desde que ambas materias se encuentran reguladas por separado (Leyes Orgánicas 12 y 13 de 1985, Disciplinaria Militar y Penal Militar).

Pues bien, el artículo 7 de la L.O. 12/85 define las faltas disciplinarias siguiendo un criterio de exclusión, mediante remisión al CPM, al decir que constituye falta disciplinaria toda acción u omisión prevista en esta Ley que no constituya infracción penal. El artículo 20 del CPM dice que son delitos militares las acciones y omisiones dolosas y culposas penadas en este código. De manera que sólo existe una posibilidad –legal, no doctrinal– de distinguir lo penal de lo disciplinario; posibilidad que no es otra que el acatamiento a los criterios políticocriminales seguidos por el legislador. Cuando el hecho está tipificado en el CPM, es delito; si lo está en la LORD, es falta. Y ello con total independencia de su naturaleza "real" en el campo científico. El legislador puede convertir faltas en delitos y viceversa. Pero además, debemos insistir en una característica peculiarísima de nuestro Ordenamiento Sancionador Militar. Como dice Rodríguez Devesa(5): "La segunda nota digna de destacar, porque se trata de una tradición ininterrupida es la de la exclusión del Derecho Disciplinario militar. El CPM de 1985 no incluye faltas militares, que han de ir a buscarse a la L.O. 12/1985, de 27 de noviembre de Régimen Disciplinario de las FAS"... "La gran dificultad que representa trazar la línea fronteriza entre el Derecho Penal Militar y el Disciplinario estriba en la frecuencia con que uno y otro utilizan conceptos valorativos e indeterminados"(6). Cita R. Devesa algunos ejemplos, como "desobediencia leve", sustración de efectos de "escasa entidad", "atentados leves" contra las cosas, etc. La misma circunstancia es resaltada por Rodríguez Villasante(7): "otra de las principales innovaciones del Código es la separación de la materia penal de la disciplinaria, que se promulga separadamente, y

(4) Cerezo Mir, José. Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Ponencia mantenida en las III Jornadas de Derecho Penal. Santiago 1975.Pg.166
(5) Rodríguez Devesa, José Mª– Algunas consideraciones sobre el CPM español de 1985. R.G.D. Nº 517-518 octubre-noviembre 1987.Pgs. 5698 y ss.
(6) Rodríguez Devesa. op.cit.Pg.5.700
(7) Rodríguez Villasante, José Luis. El CPM.RGD=Nº 499. Pgs. 5.700 y ss.

que comporta la eliminiación de las faltas judiciales militares, transformando parte de ellas en delitos menores y constituyendo las restantes en materia propia del régimen disciplinario de las FAS".

C. *Ausencia de faltas en el CPM*

La "expulsión" de las faltas penales militares del CPM puede dar lugar a situaciones anómalas. Pongamos un ejemplo: la Deserción. En el hoy derogado CJM, en virtud de su artículo 431, el desertor que se presentaba antes de transcurridos quince días era corregido como autor de falta grave. Ahora, en el CPM, la misma presentación es considerada como delito, a castigar con la pena "inferior en grado"; pero como la pena impuesta al desertor en tiempo de paz, según el artículo 120 es de 3 meses y un día y, por imperativo del artículo 40 no pueden existir penas inferiores a tres meses y un día, resulta que esa presentación dentro de los primeros quince días resulta totalmente inoperante y, por tanto, no motivadora para el arrepentimiento y regreso del desertor. Se rompe así una tradición que encontramos ya en el Digesto, en cuyo Título 16 del Libro 49(8) se regula el postliminium, con la intención de "incentivar" el regreso a Roma del soldado cautivo del enemigo; en palabras de Pablo Fuenteseca: "Con el postliminium se trataba de estimular el retorno de miles ab hostibus, reintegrándole a su primitiva situación jurídica. Se procuraba, además, que el retorno tuviese lugar en plena campaña, durante la lucha, para fomentar el regreso de los combatientes"(8).

Lo ocurrido es evidente: sin razones jurídicas de peso, el legislador militar se ha apartado del común, no está claro con qué objeto. El Código Penal común contempla delitos y faltas, distinguiendo así las faltas "penales" o delitos menores de las infracciones administrativas y disciplinarias. Con ello, quedan deslindados legalmente los campos penal y disciplinario-administrativo, porque no se puede, o no se debe dar el mismo tratamiento a un hurto considerado falta por su cuantía, que a la falta de puntualidad de un funcionario a su trabajo, pongamos por ejemplo. El legislador militar ha optado por un sistema diferente y que no se corresponde con el ordenamiento común: ha elaborado un CPM sólo para delitos, y un Régimen disciplinario para los militares; así las cosas, lo correcto hubiera sido dejar las faltas comunes perpetradas por militares en el Código Penal y no incluirlas en una Ley que castiga faltas presuntamente disciplinarias, que se corrigen mediante un procedimiento sancionador de carácter administrativo y por parte de superiores jerárquicos que carecen de naturaleza judicial.

Lo cierto es que ahora la LORD de la FAS contiene varias clases de faltas, de naturaleza diversa, pero consideradas ex lege como disciplinarias

(8) Digesto. Traducción de Alvaro DÓrs, García Garrido, H. Tejedor y J. Burillo Aranzadi. Pamplona 1975.
(9) Fuenteseca Díaz, Pablo. Origen y perfiles clásicos del postliminiun. AHDE. INEJ. Madrid 1951,Pg. 7.

a efectos de procedimientos, sanción y Autoridad represiva. Y así tenemos en dicha ley faltas propiamente disciplinarias (faltas de aseo, de puntualidad, etc), delitos menores degradados a faltas (correcciones improcedentes, ofensas a subordinados, etc) y faltas de naturaleza indiscutiblemente común (pequeñas sustracciones o daños, ofensas a la población civil, etc).

Las faltas civiles "militarizadas" pueden ser una fuente de problemas: duplicidad de procedimientos –militar disciplinario y judicial ordinario–, dudas en la determinación e imposición de la responsabilidad civil, determinación de la Autoridad competente, cuando pretendan conocer, a la vez, la Militar y la Judicial.

Pero hay más. Según el art. 24 CE todas las personas –también los militares, claro está– tiene derecho a la tutela efectiva del poder Judicial, sin que pueda producirse indefensión, así como a las constitucionales garantías procesales y –esto es importante– a la presunción de inocencia.
Comentando ésta, Serrano Alberca, recordando Jurisprudencia del T.S., nos dice que "la presunción de inocencia que limitadamente venía siendo un mero principio teórico de derecho en el ámbito de la jurisdicción criminal, a través del axioma in dubio pro reo relacionado con la valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre, pasó a convertirse en un amplio derecho fundamental al constitucionalizarse su existencia en el art. 24.2 de la Ley Suprema, haciéndose vinculante para todos los poderes públicos y dotándola de la protección del amparo constitucional, representando por su contenido una insoslayable garantía procesal, que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad de cualquiera persona durante el desarrollo del proceso"...(II)

Gimeno Sendra(12) añade que "la presunción de inocencia no debe solamente estar presente en el proceso penal, siendo también en cualquier otro procedimiento a través del cual pueda imponerse a una persona una sanción determinada". La L.O. 12/1985 regula en su Título IV el procedimiento sancionador: El procedimiento sancionador para faltas leves ha de ser preferentemente oral y con audiencia del interesado. Imaginemos una corrección impuesta a un militar por su superior jerárquico, estando ambos solos, sin testigos.

Y sopongamos que el corregido recurre la sanción, invocando la falsedad de la imputación que se le ha hecho y su derecho a la presunción de inocencia. Esta entrará, entonces, en colisión con el principio de presunción de veracidad en favor del superior, sin la cual las FAS no podrían funcionar.

(10) Rodríguez Villasante, José Luis. El principio de especialidad. En: Comentarios al CPM. Civitas. Madrid 1988. Admite la presencia en el CPM de delitos comunes "para atraer la competencia".
(11) Serrano Alberca, José Manuel. En: Comentarios a la Constitución. Civitas. 2ª Ed. Madrid 1985.pg.494.
(12) Gimeno Sendra, José Manuel. En: Comentarios a la legislación penal. Tomo I Edersa. Madrid 1982.Pg.189.

Creemos que debe primar la opinión del superior, por el básico principio jerárquico.

D. *Faltas comunes y Justicia Militar*

El art. 61 de la L.O. de Competencia y Organización de la Jurisdicción atribuye, en su número 2, a los Jueces Togados "la instrucción y fallo de los procedimientos por falta común que se atribuyan a la Jurisdicción Militar. El art. 130.4°, párrafo segundo del Proyecto de Ley Procesal Militar establece que "en los delitos comunes perseguibles únicamente a instancia de parte de que puede conocer la Jurisdicción Militar, será necesaria la denuncia del agraviado"... El CPM prevé solamente delitos y no faltas y sólo atribuye competencia a la Jurisdicción Militar por razón del delito. La L.O.C. y O. de la J.M. atribuye, en el artículo 12 competencia a la Jurisdicción Castrense en tiempo de paz sólo por delitos comprendidos en el CPM, así como los determinados en estado de sitio y en los tratados o convenios internacionales. Para tiempo de guerra (art. 13) se prevé la atribución a la J.M. de los delitos comunes previstos por las leyes, las Cortes o el Gobierno. Parece, pués, que tal competencia de los Jueces Togados para la instrucción y fallo de faltas comunes será, en tiempo de paz, inexistente; y en tiempo de guerra, superflua, a la vista de la redacción del artículo 13 de la L.O. de Competencia y Organización de la J.M. que hace innecesario al artículo 61.

E. *Falta militar y delito militar*

Decía el Prf. Rodríguez Devesa(13): "Las faltas se clasifican en graves y leves. Esta denominación no debe engañar respecto a su gravedad y naturaleza. La índole de la falta grave militar no difiere, en cuanto importancia y trascendencia, de muchos delitos del Código Penal, porque pueden imponerse sanciones que, con el nombre de correctivos, llegan hasta los seis meses de duración (arresto militar)... Enumerando faltas leves, cita algunas indudablemente penales y comunes, como ofender de palabra a paisanos, realizar hurtos o estafas menores, etc.

Desde un punto de vista dogmático, tampoco contribuye a clarificar el tema –legalmente sí, claro– el artículo 6 del CPM ("El presente Código no comprende las infracciones disciplinarias militares –ya hemos dicho que no todas participan de tal naturaleza– que se regirán por sus disposiciones específicas", es decir, por la LORD) Pero no olvidemos que el artículo 5 del CPM declara supletorio al CP cuando lo permita su especial naturaleza y no se oponga a los preceptos del CPM. Por otra parte, la Disposición Adicional 4ª de la LORD declara supletorias a la ley de Procedimiento Administrativo y a la reguladora de la Jurisdicción Contenciosa.

(13) Rodríguez Devesa, José Mª. Delito Militar. En: NEJ Seix. Tomo VI. Madrid 1954.Pg.601.

El General Auditor Jiménez y Jiménez(14) expone los siguientes rasgos –no dogmáticos, sino orientadores– para configurar ambos campos, Penal y Disciplinario. Opina que en el Derecho Disciplinario:

1. Sujeto activo lo es sólo el militar
2. Sujeto pasivo es el Ejército, si bien se trata de un criterio menos claro, ya que su ordenamiento está inserto en el del Estado.
3. No es del todo nítida la diferencia de contenido en el delito (servicio) y la infracción (disciplina).
4. Los límites (tipicidad) se desdibujan, a medida que se jurisdiccionaliza lo disciplinario,
5. Diferencia de sanciones (penas o correctivos).
6. Diferentes órganos sancionadores (Poder Judicial o Mando Militar).
7. Mayor grado de codificación en el Derecho Penal.
8. Dependencia del devenir histórico y las concepciones políticas. Mozo Seoane(15) se ha planteado de modo sintético, pero certero y clarificador el problema de la permanente polémica sobre la naturaleza del Derecho Disciplinario, cuyo centro no es otro que el de delimitar la frontera entre Derecho Penal y Derecho Disciplinario, como una rama del Penal... Como reacción, la doctrina ha basculado al extremo contrario, llegando a contemplar al Derecho Disciplinario como una ciencia independiente; así se entra en la teoría de la diferencia "cualitativa", con funciones paralelas, al defender bienes jurídicos de distinta naturaleza, criterio también discutible.

II. JURIDIZACION DEL DERECHO DISCIPLINARIO

A. *Abono y no abono para el servicio*

La progresiva juridización del Derecho Disciplinario es beneficiosa en la medida en que aumenta las garantías constitucionales de los justiciables, si bien lleva parejo el peligro de un exceso de administrativación del Derecho Penal, con el consiguiente descenso en el nivel de garantías procesales. En ocasiones, la mezcla, no siempre bien coordinada de ambos ordenamientos, puede conducir a situaciones irregulares y hasta paradójicas.

Al derogarse el Capítulo VI del Título V del CJM ("De los efectos especiales que producen para los militares las penas comprendidas en la ley común") nos encontramos con que, por aplicación del artículo 33 del vigente CPM la prisión sufrida por militares no profesionales durante su servicio militar se les abona como tal servicio, en tanto que si resultan condenados por la Jurisdicción Ordinaria, al no existir un precepto análogo referido a

(14) Jiménez y Jiménez, Francisco. Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario Militar. RGD. Nº 493-494. Octubre-noviembre 1985. Pgs. 3215 y ss.
(15) Mozo Seoane, Antonio. En: Comentarios al CPM. Civitas. Madrid 1988. Pgs. 182 y ss.

las penas comunes, éstas producen pérdida de tiempo para el servicio, y ello en base a un precepto reglamentario, el artículo 124 del vigente Reglamento del Servicio Militar. Sobre este punto, el Prof. Rodríguez Villasante manifiesta: "Se han suprimido los artículos referentes a los efectos de las penas comunes y separación del servicio por determinados delitos, sin que tan importantes omisiones se justifiquen en el Preámbulo del Código. Las condenas por delitos comunes impuestas a un militar por cualquier jurisdicción deben producir los efectos establecidos en el CPM"..."Se hace necesario, en efecto, determinar en el Código Castrense estas consecuencias, puesto que parece problemática su inclusión en sede del Código Penal y es materia característica de las leyes punitivas, sin que pueda derivarse al campo disciplinario. La aplicación automática de estos preceptos penales ejecutando las sentencias es función de la justicia."(16).

B. *Colisión Jurisdicción-Mando*

El nº 7 del artículo 34 de la L.O. 4/1987, de 15 de julio (Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar) dispone que la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central conocerá de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el JEMAD, JEMES, Subsecretario de Defensa, Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales. El art. 45 de la misma Ley, en su punto 6º establece que el Tribunal Territorial conocerá de los recursos que procedan por sanciones impuestas por los Mandos Militares y que no sean de la competencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ni del Tribunal Central. De tal manera que una sanción recurrida en vía disciplinaria o administrativa ante un Capitán General y que no sea reformada, sino confirmada por éste, será recurrible ante un Tribunal Territorial, presidido por un Coronel e integrado por Comandantes. Personalmente, lo encuentro militarmente "chocante". Todo correctivo impuesto o confirmado por un Oficial General, a mi juicio, debe ser recurrible ante el Tribunal Militar Central, por razones militarmente obvias.

C. *Tipificación insuficiente*

Acaso el más grave defecto de la LORD sea la inseguridad jurídica –ya apuntada por el Prof. R. Devesa– que se origina mediante el empleo de términos valorativos de difícil concreción. Es demasiado frecuente el empleo de expresiones ambigüas, como "ligeras indiscreciones", "ligera irrespetuosidad", "forma improcedente", "escasa entidad", "excusas improcedentes", "grave daño", "cuando no constituya delito"; etc. Tal vez, la explicación nos la dén estas palabras de Rodríguez Villasante: El CPM fué enviado a la

(16) Rodríguez Villasante. el CPM. RGD. Nº 499.

Comisión de Justicia e Interior del Congreso, mientras que la L.O. de Régimen Disciplinario de las FAS se remitía a la Comisión de Defensa de la Cámara. De ello se ha resentido particularmente la delimitación entre los tipos penales y las faltas graves"(17).

D. *El Secretario de Justicia*

Con la nueva organización judicial de la Justicia Militar, al perder el Mando las facultades judiciales de que antes disfrutaba, desaparece, como inevitable y lógica consecuencia, la figura del Secretario de Justicia, cuyas funciones venían determinadas por los artículos 908 y 909, 915 y 916, y muy particularmente el artículo 60 del derogado CJM. Ahora bien, una lectura reposada del artículo 60 permite interpretar que no todas las funciones que venía desempeñando el Secretario de Justicia tenían carácter estrictamente judicial. Hablando en términos coloquiales, pudiera decirse que el Secretario de Justicia venía a ser la longa manu del Auditor ante la Autoridad Judicial. Las funciones del Auditor –ahora Asesor– eran dobles: judiciales y no judiciales. Desaparecidas las primeras, subsiste la función de asesoramiento al Mando en materia de interpretación de leyes. Parece recomendable la continuación de un miembro del Cuerpo Jurídico para el "pase de firma" al Mando en aquellos asuntos en los que continúa interviniendo el ahora Asesor Jurídico.

El artículo 42 de la LORD establece que el informe del Asesor no será vinculante. El Mando, pues, puede hacer una de estas dos cosas: a) mostrarse conforme con lo propuesto en el dictamen; en tal caso no se verá obligado a motivar su resolución, por aplicación del artículo 93.3º de la Ley de Procedimiento Administrativo, dado que éste dispone que "La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma." b) apartarse del dictamen; lo cual habrá de hacer motivadamente, ya que así lo impone el artículo 43.1.c de la Ley de Procedimiento Administrativo, supletoria de la LORD (Disposición Adicional 4ª).

E. *Prescripción de las faltas*

El art. 17 de la LORD establece que las faltas leves prescriben a los dos meses, y las graves, a los seis; ésto en su párrafo primero; el segundo dice que "en las faltas graves ésta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable, continuándose el cómputo del plazo trascurridos los tres meses determinados para la instrucción en el artículo 41 de esta Ley". Y el párrafo tercero determina que "en todo caso, las faltas graves y leves prescribirán una vez que los militares no profesionales hayan pasado a la situación de reserva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47".

(17) Rodríguez Villasante. op.cit.

Según el art. 47 de la LORD la imposición de alguno de los arrestos definidos en los artículos 14 y 15 impedirá el pase a la situación de reserva. Se refiere únicamente a "los arrestos", no a las demás sanciones, ni siquiera la de pérdida de destino, que puede tener para el sancionado efectos más dolorosos y perjudiciales que un arresto, pudiendo implicar un cambio forzoso de domicilio, trasformándose en una sanción pecuniaria encubierta y extendiéndose la sanción a la familia del militar infractor.

Los sancionados aún no licenciados, no se licencian; es decir, no sólo pierden como tiempo de servicio el de la sanción, sino que, además, su tiempo de servicio obligatorio se vé prolongado más de lo previsto; en cambio, según el art. 33 del CPM, las penas privativas de libertad impuestas a militares no profesionales les serán de abono para el servicio. Así se beneficia al delincuente, frente al simple autor de una falta.

Según el párrafo segundo del citado art. 17. el pazo de prescripción se *interrumpe "desde que el procedimiento sancionador se dirija contra* el presunto culpable. Si se inicia un procedimiento sancionador por constar la comisión de una falta grave, ignorándose el autor o creyendo autor a quién luego resulta no serlo, mientras tanto, al culpable verdadero "le corre" el plazo de prescripción, pudiendo llegar a licenciarse antes de ser descubierto o antes de ser sancionado.

El plazo de instrucción de tres meses –artículo 41– es excesivamente breve. Piénsese en la natural movilidad de los militares –ascensos, cambios de destino, cursos, comisiones de servicio, embarques, salidas de su buque a la mar, etc.

DOS CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN MATERIA DE CLASES PASIVAS

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ
Capitán Auditor del Aire
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. EL ORDEN COMPARTIDO DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE CLASES PASIVAS MILITARES.- II. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 40.2 DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 1985.- III. LA BASE REGULADORA DE LAS PENSIONES CAUSADAS POR LOS OFICIALES GENERALES DE LOS EJERCITOS Y LOS CABALLEROS MUTILADOS.

I

En nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de competencias compartido entre el Consejo Supremo de Justicia Militar(1) y la Dirección General de Costes de personal en materia de Clases Pasivas del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil. En efecto, el Decreto 1120/1966, de 21 de abril, por el que se aprobó el texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios Civiles disponía en su artículo 6.1 que:

"... la determinación y concesión de pensiones causadas por los funcionarios civiles del Estado corresponde a la Dirección General del Tesoro, Deuda Pública y Clases Pasivas, continuando atribuídas al Consejo Supremo de Justicia Militar las facultades que actualmente tiene en esta materia respecto de las pensiones causadas por el personal militar".

El artículo 8.1 del mismo texto preceptuaba que:

"... corresponde al Director General del Tesoro, Deuda Pública y Clases Pasivas... la ordenación del pago de todos los haberes pasivos..."

(1) Hoy Ministerio de Defensa.

El Decreto 1211/1972, de 13 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada establecía en su artículo 5º que:

"... corresponde al Consejo Supremo de Justicia Militar: 1. El reconocimiento y concesión de las pensiones causadas por el personal militar incluído en esta ley".

El artículo 7º del mismo cuerpo legal disponía que:

"corresponde al Director General del Tesoro y Presupuestos la ordenación del pago de todos los haberes pasivos..."

El artículo 11º del Real Decreto Legislativa número 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el vigente texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, mantiene el esquema de reparto de competencias existente en las normas a que se han hecho mención y que han sido objeto de refundición.

En este orden compartido de competencias entre el Consejo Supremo de Justicia Militar, a quien compete el señalamiento de las pensiones del personal militar y asimilado, y la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, a la que corresponde ordenar el pago de dichas pensiones, hay que centrar una serie de controversias suscitadas al momento de interpretar las normas reguladoras de Clases Pasivas.

II

1. La primera controversia que surgió entre los órganos citados se suscitó con ocasión de la interpretación del artículo 40.2 de la Ley 50/84, de Prespuestos Generales del Estado. Este precepto disponía:

"2. Las pensiones en favor de los huérfanos del indicado personal (funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado, de las Cortes Generales y de la Administración de Justicia, así como del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos de Seguridad del Estado) que estuvieran causadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley pero que no vinieran percibiéndose en dicho momento por falta de aptitud legal para ello de su titular o porque no concurrieran los presupuestos habilitantes de la percepción, no se percibirán desde el 1 de enero de 1985, salvo en el supuesto de que a 31 de diciembre de 1984 se dieran en el titular del derecho todos los requisitos de aptitud legal exigidos por la legislación aplicable o concurrieran todos los presupuestos habilitantes de la percepción".

a) La Dirección General de Costes de Personal consideró que el artículo 40.2 de la Ley 50/1984 era un desarrollo del artículo 32.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que, de aplicación bien directa, bien supletoria, a todo el personal al servicio de la Administración del Estado, ordenó la supresión de las pensiones de orfandad para las mayores de veintiún años, salvo que estuvieren incapacitadas para el trabajo; el artículo 40.2 de la Ley 50/1984

contenía una regla general (no se percibirán desde el 1 de enero de 1985 las pensiones causadas pero no percibidas por falta de aptitud legal o por no concurrir los presupuestos habilitantes) y una excepción (salvo que el titular el 31 de diciembre de 1984 tuviera aptitud legal o concurrieran los presupuestos habilitantes) que eran en sí mismas contradictorias; dicha contradicción había de resolverse en favor de la primacía de la regla general, dada la vigencia del artículo 32.3 de la Ley 30/1984. Por ello, las pensiones señaladas por el Consejo Supremo de Justicia Militar a huérfanas mayores de veintiún años con posterioridad a 31 de diciembre de 1984 no eran conformes al ordenamiento jurídico.

b) El Consejo Supremo de Justicia Militar, por su parte, consideró que debía prevalecer la excepción en el ámbito militar toda vez que el citado artículo 32.3 de la Ley 30/1984 no era de aplicación al personal de las Fuerzas Armadas y estimó que, del tenor literal del artículo 40.2 de la Ley 50/84, no era posible llegar a una conclusión negativa a la concesión de pensión de orfandad a quienes el 31 de diciembre de 1984 tenían aptitud legal o concurrían en ellos los presupuestos habilitantes para su percepción, estando causada la pensión.

c) La divergencia entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y la Dirección General de Costes de Personal se centró pues en que ésta última consideraba que las pensiones de orfandad reconocidas con posterioridad al 1 de enero de 1985 en favor de huérfanos mayores de 21 años que el 31 de diciembre de 1984 tenían aptitud legal o en los que concurrían todos los presupuestos habilitantes, cuando reunían el requisito que les faltaba, no eran conformes a derecho.

Debe señalarse que el Consejo Supremo de Justicia Militar había reconocido el derecho a percibir pensión sólo desde el momento en que ambas circunstancias –aptitud legal y presupuesto habilitante– concurrían en el beneficiario, esto es, desde el momento en que éste reunía el requisito que le faltaba –bien aptitud legal, bien presupuesto habilitante– el 31 de diciembre de 1984.

ch) Respecto a la cuestión controvertida, el Consejo de Estado, al que fué sometida la divergencia, afirmó que la postura sustentada por el Consejo Supremo de Justicia Militar era correcta. Tras desechar que en el tenor del artículo 40.2 de la Ley 50/84 existiera alguna errata, el Alto Cuerpo Consultivo manifestó que se trataba de una norma transitoria reguladora del derecho expectante de pensión de orfandad de los mayores de 21 años, respetando los derechos consolidados –nacidos de pensiones causadas por el fallecimiento del funcionario– aún cuando éstos no estuvieren reconocidos en favor de un beneficiario mayor de 21 años por no tener a 31 de diciembre de 1984 aptitud legal o no reunir los presupuestos habilitantes para su percepción. En otros términos, el Consejo de Estado estimó que el artículo 40.2 respetó el derecho a que se siguiera trasmitiendo con posterioridad a 1 de enero de 1985 la pensión causada desde el momento en que el beneficia-

rio reuniera conjuntamente la aptitud legal y los presupuestos habilitantes, siempre que a 31 de diciembre de 1984 concurriera alguna de las circunstancias.

2. La interpretación del artículo 40.2 de la Ley 50/84, a la vista de tenor poco claro que tiene, no es fácil. Hay que resaltar en primer término que el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de diciembre de 1984 es exacto, depurado de cualquier errata o error. El intérprete, por tanto, ha de ceñirse a sus términos. No son válidas las afirmaciones correctivas, es decir, aquéllas que señalan, por ejemplo, que en la excepción la conjunción alternativa "o" debería haber sido sustituída por la copulativa "y".

Los términos de la excepción son exactos, según deduce:

a) Del texto inserto en el Boletín Oficial del Estado, por cuanto la corrección de errores de la Ley 50/84, de 30 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 25 de julio de 1985, no introduce rectificación alguna en el artículo 40.2.

b) Del texto auténtico de la Ley, promulgado y sancionado por el Jefe del Estado y obrante en el Registro de Leyes de las Cortes Generales; pues consultado éste, se aprecia una identidad absoluta entre el tenor del artículo 40.2 y el inserto en el Boletín Oficial del Estado.

c) De la tramitación parlamentaria del precepto, pues su redacción no sufrió modificación alguna durante aquélla. En efecto, el texto del Proyecto (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados nº 119-1, de 11 de octubre de 1984), el dictamen de la Comisión de Presupuestos del Congreso (Boletín 119-II, de 30 de noviembre de 1984); el aprobado por el Pleno del Congreso (Boletín 119-III, de 10 de diciembre de 1984); el inserto en el Boletín del Senado (núm. 216 (a) de 7 de diciembre de 1984) como remitido por el Congreso; el informe de la Ponencia (Boletín núm. 216 (b) de 14 de diciembre de 1984); el dictamen de la Comisión de Presupuestos del Senado (Boletín 216 (d) de 31 de diciembre de 1984) y el que con carácter definitivo aprobó el Congreso (Boletín nº IV, de 31 de diciembre de 1984) coinciden exactamente entre sí y con el publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de diciembre de 1984.

En la conclusión, no es posible apreciar en el tenor del artículo 40.2 error de expresión o errata.

3. La interpretación del artículo 40.2 de la Ley de Presupuestos para 1985 no puede hacerse aisladamente, con desconocimiento de las restantes normas reguladoras de las Clases Pasivas. Antes al contrario, el artículo 40.2 de la Ley 50/84 sólo puede ser objeto de una interpretación adecuada si se inserta en su correspondiente grupo normativo y se analizan, una vez ubicado en dicho grupo, las relaciones de coordinación que lo ligan con otras normas del mismo. Sólo así será posible encontrar su verdadero sentido.

a) La Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública establece en su artículo 32.3 que

"las pensiones de orfandad que se causen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley se extinguirán al cumplir el beneficiario, cualquiera que fuera su sexo, la edad de veintiún años, salvo el supuesto de incapacidad absoluta para el trabajo".

El número 4 del mismo Texto legal prevé que

"A partir de la publicación de la presente Ley, las pensiones en favor de los huérfanos mayores de veintiún años salvo que hubieran sido declarados incapacitados con anterioridad a cumplir dicha edad y tuvieran derecho al beneficio de justicia gratuita según las disposiciones vigentes, *serán incompatibles* con la percepción de haberes por trabajo activo que permitan su inclusión del titular en cualquier régimen público de Seguridad Social".

La exigencia de declaración de incapacitación y el derecho al beneficio de justicia gratuita son en este precepto causas de incompatibilidad de la percepción de las pensiones.

El artículo 32 de la Ley 30/84 es un precepto aplicable sólo a los funcionarios civiles de la Administración del Estado pues, aún teniendo carácter supletorio para todo el personal al servicio de la Administración, la existencia de previsiones específicas para las pensiones de orfandad en las regulaciones vigentes de otros colectivos de funcionarios impide considerarlo aplicable a éstos.

b) La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985, de 30 de diciembre de 1984, ha articulado un nuevo sistema de Clases Pasivas, regulando las pensiones con arreglo a criterios distintos a los hasta ahora vigentes.

La nueva regulación de Clases Pasivas tiene un ámbito de aplicación definido. Subjetivamente, se aplica a todos los funcionarios civiles de la Administración del Estado, al Personal Militar y asimilado de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, a los funcionarios de la Administración de Justicia y a los de las Cortes Generales (artículo 27 de la Ley 50/84, de 30 de diciembre).

Temporalmente, la nueva regulación es de aplicación a "las pensiones que se causen a partir de la entrada en vigor" (artículo 26.2 de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre). Las causadas anteriormente continúan rigiéndose por "la normativa vigente durante 1984" (artículo 26.1 de la Ley 50/84).

c) De acuerdo con el planteamiento indicado, la Ley de Presupuestos para 1985 establece una nueva regulación para las pensiones de orfandad causadas con posterioridad a la entrada en vigor de la misma por cualquier funcionario de la Adminsitración del Estado, de la Administración de Justicia, de las Cortes Generales o de las Fuerzas Armadas (Ley 50.84, artículos 26, 27 y 33); dicha regulación tiene pues carácter general, pues da un tratamiento común a todas las pensiones causadas con anterioridad al primero de enero de 1985.

Igualmente, y de acuerdo con los principios señalados en la Ley 50/84, respeta las pensiones de orfandad causadas con anterioridad al primero de

enero de 1985 y reconocidas en favor de mayor de veintiún años, que vinieran percibiéndose en dicha fecha, si bien establece la incompatibilidad para su percepción si el beneficiario cobra haberes por trabajo activo que permita su inclusión en cualquier régimen público de la Seguridad Social –regla que no es de aplicación cuando el huérfano hubiera sido declarado incapaz con anterioridad a cumplir los veintiún años y tuviera derecho al beneficio de justicia gratuita– (artículo 40.1). Esta previsión del artículo 40.1 no es sino una aplicación del principio de respeto a las pensiones causadas, reconocidas y percibiéndose con anterioridad al 1 de enero de 1985.

4. En relación con las pensiones de orfandad, la Ley 50/84 prevé además la situación de aquéllas que, causadas con anterioridad al primero de enero de 1985, no vinieran percibiéndose por falta de aptitud legal o por no concurrir los presupuestos habilitantes para su percepción. Dicha previsión se encuentra en el artículo 40.2 que contiene:

a) una regla general ("las pensiones en favor de los huérfanos del indicado personal al que se refiere el número anterior, que estuvieran causadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, pero que no vinieran percibiéndose en dicho momento por falta de aptitud legal para ello de su titular o porque no concurrieran los presupuestos habilitantes de la percepción, no se percibirán desde el 1 de enero de 1985...".

b) una excepción ("...salvo en el supuesto de que a 31 de diciembre se dieran en el titular del derecho todos los requisitos de aptitud legal exigidos por la legislación aplicable o concurrieran todos los presupuestos habilitantes de la percepción").

El artículo 40.2 es un precepto aplicable a todos los funcionarios comprendidos en el ámbito del artículo 27 de la Ley 50/84. Se trata, además, de una disposición, que como todas las que incluyen una regla general y una excepción, contiene una contradicción pues ello es inherente a este tipo de normas; la existencia de esta contradicción –entre regla general y excepción– no puede resolverse dando prevalencia a aquélla y, en consecuencia, privando de sentido y ámbito de aplicación a la segunda, sino que es preciso encontrar una interpretación razonable que salve el ámbito de una y otra.

Dicha interpretación razonable obliga a poner de manifiesto que el artículo 40.2 de la Ley 50/84 es un precepto dotado de sentido y coherente con el resto de las previsiones del citado texto legal.

a') En efecto, el artículo 40.2 tiene un tenor gramaticalmente claro –no hay errata alguna– y un sentido lógico, al establecer, junto a una regla general, una salvedad o excepción que se construye sobre una disyunción (aptitud legal del titular o presupuesto habilitante), pues si en lugar de emplear *la partícula "o" utilizará la cojunción copulativa "y" el precepto carecería* de sentido. Si ocurriera de este último modo se estaría ante dos formulaciones de una misma regla general, expresadas una, en forma positiva, y otra en forma negativa; se trataría de una norma reduplicativa que anularía, al contradecirla, su propia estructura de regla general y salvedad o excepción

ya que vendría a identificar sus previsiones. Es decir afirmar que no se percibirá una pensión en el supuesto de que falte el requisito a) o b) es lo mismo que decir –en positivo– que se percibirá cuando se den los requisitos a) y b). Esta identidad de los términos –en positivo y en negativo– impide configurarlo como regla general y como excepción; ya que si la excepción tiene idéntico alcance que la regla general, la proposición carece de sentido.

Así pues, si la Ley formula una regla general y una excepción, ha de buscarse una interpretación que respete esa estructura del mandato normativo.

b') En segundo término, un análisis de las disposiciones reguladoras de las pensiones de orfandad contenidas en la Ley 50/84 pone de manifiesto el papel bien definido que asume en la misma el artículo 40.2. En efecto, las pensiones de orfandad causadas, reconocidas y percibiéndose al momento de entrada en vigor de la Ley, se contemplan por ésta en el artículo 40.1; se trata de una norma que, sin perjuicio de las previsiones sobre incompatibilidades, consagra el respeto a las mismas. Las pensiones de orfandad que se causen a partir de 1º de enero de 1985 son objeto de regulación en el artículo 33. Por último, las causadas pero aún no reconocidas y, en consecuencia, no percibidas todavía son el objeto del artículo 40.2. Este último precepto es una norma que contempla, al incluir la mencionada salvedad, el derecho expectante a pensión de orfandad de quien sólo reúne uno de los requistos para percibirla –bien aptitud legal, bien presupuesto habilitante–, asegurándole la protección y el respeto a dicha expectativa toda vez que podrá cobrar el haber pasivo por orfandad, aun cuando fuere mayor de 21 años, desde el momento en que concurra en el beneficiario el requisito que, a 31 de diciembre de 1984, le faltaba. En síntesis, el artículo 40.2 de la Ley 50/84 es una norma que regula el derecho expectante de pensión de orfandad de los mayores de 21 años, respetando los derechos consolidados –nacidos de pensiones causadas por el fallecimiento del funcionario– aun cuando éstos no estuvieren reconocidos en favor de un beneficiario mayor de 21 años por no tener a 31 de diciembre de 1984 aptitud legal o no reunir los presupuestos habilitantes para su percepción. En este senido, puede calificarse de auténtica norma de derecho transitorio.

5. Definido en los términos que anteceden la función del artículo 40.2 y su sentido, procede determinar el ámbito de aplicación del mismo.

Para ello, es preciso analizar el significado y el contenido de las expresiones legales "presupuesto habilitante" y "aptitud legal" que no pueden ser identificadas.

Con carácter previo a dicho análisis debe recordarse que: a) el nacimiento del derecho a pensión se produce al fallecer el funcionario, esto es, al causarse la misma, momento al cual ha de referirse el derecho a las pensiones de viudedad, orfandad y en favor de los padres; b) el ejercicio del derecho a pensión requiere la concurrencia en su titular de la "aptitud legal";

c) efectividad del derecho exige la concurrencia de los presupuestos habilitantes legalmente determinados; ch) la existencia de alguna causa de incompatibilidad impedirá, por último, la percepción de la pensión mientras subsista aquélla, pero no su reconocimiento.

A) *Concepto de "aptitud legal del titular del derecho".*

La noción de "aptitud legal del titular del derecho" no está determinada de modo enunciativo en ninguna de las disposiciones reguladoras de las Clases Pasivas de los funcionarios civiles ni del personal militar y asimilado.

Sin embargo, de un análisis de los distintos textos legales (Estatuto de Clases Pasivas de 1926, artículos 82, 83 y 90; Texto Refundido de Derechos Pasivos del Personal Militar de 1972, artículos 31 y 32; artículos 19, 36 y 54 del Texto Refundido de Clases Pasivas, entre otras) puede deducirse que aptitud legal del titular del derecho es la capacidad personal del mismo. Tiene pues un contenido subjetivo. En concreto, determina la capacidad personal para ser titular del derecho a pensión de orfandad tener un estado civil distinto del de casada (soltera, viuda, separada civil, divorciada), toda vez que el requisito de la nacionalidad española ha de entenderse derogado tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 por vulnerar el artículo 14 de la misma según ha declarado la jurisprudencia y confirmado el propio legislador (Ley 50/84, artículo 39).

B) *Concepto de presupuestos habilitantes*

No están tampoco definidos en la Ley cuáles son los presupuestos habilitantes. Pero, al igual que sucede con la noción de "aptitud legal", el exámen de las distintas disposiciones reguladoras de la materia permite deducir que son aquellas circunstancias que, sin tener carácter personal, facultan al titular para percibir la pensión causada por la muerte de su padre. En concreto, deben señalarse como presupuestos habilitantes: a) inexistencia de pensión de viudedad por fallecimiento del cónyuge; b) pérdida de pensión por nuevo matrimonio y c) privación del derecho a la pensión a la viuda por los motivos legales de mala conducta. Todos ellos son supuestos que tienen un denominador común: la pensión está vacante.

6. El artículo 40.2 de la Ley 50/84 respeta el derecho a que se siga transmitiendo con posterioridad a 1 de enero de 1985 la pensión ya causada desde el momento en que el beneficiario reúna conjuntamente la aptitud legal y los presupuestos habilitantes, siempre que a 31 de diciembre de 1984 concurriera alguna de las dos circunstancias.

En consecuencia, a la vista de la conclusión alcanzada y de las disposiciones reguladoras de la materia, se puede sintetizar el régimen de las pensiones de orfandad del personal militar y asimilado en los siguientes términos:

a) *Pensiones causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1984.* Se

percibirán por los hijos del funcionario fallecido hasta la edad de 21 años e incluso después si estuvieren incapacitados para el trabajo y tuvieran derecho al beneficio de justicia gratuita (Ley 50/84, art. 33).

b) *Pensiones causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 1984 y que en dicha fecha eran percibidas.* Seguirán cobrándose por los beneficiarios hasta la edad de 23 años o incluso superior cuando estuvieran incapacitados para el trabajo y tuvieren derecho al beneficio de pobreza, si el causante ingresó en las Fuerzas Armadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1959; si el causante hubiere ingresado con anterioridad a dicha fecha, las huérfanas seguirán percibiendo la pensión hasta que contraigan matrimonio y los huérfanos sólo lo harán hasta la edad de los 23 años o más si están incapacitados para el trabajo y tuvieren derecho al beneficio de pobreza.

c) *Pensiones causadas con anterioridad al 31 de diciembre y no percibidas en dicha fecha.* No se percibirán desde el 1° de enero de 1985 salvo que el titular del derecho tuviere aptitud legal o concurrieren todos los presupuestos habilitantes para ello.

En este caso, *tienen derecho a pensión:*

1. Por tener aptiud legal el 31 de diciembre de 1984:

Las huérfanas casadas en dicha fecha que ulteriormente dejaron de estar pensión, si ésta falleció, contrajo matrimonio o fue excluída de su percepción con posterioridad. Estas huérfanas tendrán derecho a percibir la pensión desde el momento que quede vacante por matrimonio, óbito o exclusión de la madre.

2. Por concurrir todos los presupuestos habilitantes para la percepción de la pensión el 31 de diciembre de 1984:

Las huérfanas casadas en dicha fecha que ulteriomente dejaron de estarlo siempre que el día 31 de diciembre de 1984 la madre no percibiese ya la pensión por haber contraído nuevas nupcias, por fallecimiento o exclusión legal. Estas huérfanas tendrán derecho a percibir la pensión desde el momento en que dejen de estar casadas.

Unas y otras percibirán sus pensiones: a) hasta los 23 años o edad superior si están incapacitadas para el trabajo y tuviesen derecho al beneficio de pobreza o justicia gratuita, cuando el causante hubiere ingresado en el servicio con posterioridad al 31 de diciembre de 1959, b) hasta que contrajeren nuevo matrimonio, si el causante hubiera ingresado en las Fuerzas Armadas con anterioridad al 31 de diciembre de 1959.

Por ello, los actos de reconocimiento de pensión hechos por el Consejo Supremo de Justicia Militar en favor de mayores de 21 años, con posterioridad al 1° de enero de 1985, para percibirla desde el momento en que reunían la circunstancia que les faltaba el 31 de diciembre de 1984 –aptitud legal o presupuesto habilitante– son ajustados a las previsiones del artículo 40.2 de la Ley 50/84.

7. El criterio sentado por el Consejo de Estado y el parecer expuesto en las páginas anteriores es el recogido por el artículo 59.2 párrafo tercero del

Texto Refundido de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que dispone:

"Las pensiones de orfandad de Clases Pasivas, a las que sea aplicable la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984, causadas con posterioridad al 23 de agosto de dicho año por personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 30/84, de 2 de agosto, o con posterioridad al 31 de diciembre en otro caso, no se percibirán en cuanto su titular sea mayor de veintiún años de edad y tenga derecho además al beneficio de justicia gratuita.

.....

No obstante lo dicho, las pensiones de orfandad causadas con anterioridad al 23 de agosto de 1984 o al 1 de enero de 1985, que no vinieran percibiéndose a 31 de diciembre del mismo año no se extinguirán, pese a tener su titular más de veintiún años y no tener derecho a beneficio de justicia gratuita, si en esta última fecha estuviera éste en posesión de todos los requisitos de aptitud legal, viviendo o no el cónyuge del causante, o si no, estando vacante la pensión, el titular careciera de aptitud legal".

III

1. La determinación de la base reguladora de las pensiones causadas por los Oficiales Generales de los Ejércitos y los Caballeros del Benemérito Cuerpo de Mutilados es otra de las cuestiones controvertidas entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas. La diferencia suscitada se puede resumir:

a) La Dirección General de Costes de Personal consideró que, para el cálculo de las pensiones familiares causadas por los Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria, había de tenerse en cuenta únicamente la regulación contenida en la Ley 50/84, de 31 de diciembre: en concreto, la fijación de las pensiones familiares ordinarias causadas por aquéllos había de hacerse calculando, con arreglo a los módulos contenidos en el artículo 27, una pensión teórica de retiro que sirve de base para la aplicación de los porcentajes señalados en el artículo 32 y siguientes de la referida Ley. En consecuencia, el haber regulador de las pensiones familiares ordinarias de los Oficiales Generales y Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria es el correspondiente a una hipotética pensión de retiro de éstos, calculada en la forma que previenen los artículos 27 y siguientes de la Ley 50/84.

b) El Consejo Supremo de Justicia Militar estimó que las pensiones familiares ordinarias causadas por los Oficiales Generales y Caballeros Mutilados habían de calcularse aplicando los porcentajes establecidos en la Ley 50/84 a una base reguladora determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 20.1 del Real Decreto Ley 22/77 pues el artículo 27 del primero de los textos legales sólo era aplicable a quienes pasaban a la situación de

jubilados o retirados, circunstancia ésta que no concurría en el caso de los Oficiales Generales y Caballeros Mutilados.

La cuestión controvertida se centraba pues en determinar cuál es la base reguladora que sirve para calcular las pensiones familiares causadas por los Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados fallecidos con posterioridad al 31 de diciembre de 1984 y cómo se calcula aquélla.

c) El Consejo de Estado estimó por su parte que el artículo 27 está previsto para aquéllos supuestos en que los Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados pierden la condición de militar y, por consiguiente, no pueden pasar a la situación de reserva o asimilada a activo, conservando no obstante los correspondientes haberes pasivos. En concreto, el Alto Cuerpo Consultivo afirmó:

"En efecto, aunque, como señala la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878, el Ejército es una de las carreras del Estado y el empleo militar una propiedad con todos los derechos y goces que las leyes y reglamentos consignen, la condición de militar –y por tanto la de Oficial General o Caballero Mutilado– puede perderse, además del fallecimiento, por distintas causas. Una, voluntaria, es la renuncia a la condición de funcionario; otras son forzosas. Entre éstas últimas pueden mencionarse: la pérdida de la nacionalidad española, la sanción disciplinaria de separación del servicio en virtud de un expediente gubernativo y la pena de pérdida de empleo impuesta como principal o accesoria o como efecto especial que producen para los militares determinadas penas comprendidas en la Ley común (artículo 209 de las Reales Ordenanzas). Todas ellas conllevan el que el militar afectado queda fuera de los Ejércitos, sin poder reingresar en ellos voluntariamente y con pérdida de los derechos militares, a excepción del empleo y los derechos pasivos, en los casos del que renuncia a la nacionalidad o del separado del servicio (artículo 39 de la Ley 50/84 y artículo 64 de la Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre)o, a excepción sólo de los derechos pasivos que pudieren corresponderle, en el caso del condenado a la pena de la pérdida de empleo (artículo 30 de la Ley Orgánica 13/85, del 11 de diciembre).

La pérdida de la condición de militar por cualquiera de estas causas no conlleva la pérdida de los derechos pasivos. Así se deduce del artículo 172, *in fine*, de la Ley 85/78, de 28 de diciembre, que establece que "el militar... en ningún caso podrá ser privado de los derechos pasivos que pueden corresponderle" y de lo prevenido en los artículos 64 de la Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre y 30 de la Ley Orgánica 12/86, de 11 de diciembre. Por tanto quien voluntaria o forzosamente se aparte de los Ejércitos conserva su derecho a percibir los haberes pasivos que pudieren corresponderle. Este derecho también lo tienen los Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados como funcionarios militares que son.

Los Oficiales Generales y Caballeros Mutilados que renuncian a su condición de militar, que pierden la nacionalidad o que son separados del servi-

cio o condenados a la pena de pérdida de empleo no pueden percibir, desde el momento de la renuncia, resolución o sentencia firme, haberes activos por cuanto ya no forman parte de los Ejércitos y, en consencuencia, no están en situación de actividad en las Fuerzas Armadas. Tienen, sin embargo, en aplicación de lo dispuesto genéricamente en el artículo 172 de las Reales Ordenanzas, derecho a percibir los haberes pasivos que puedan corresponderles en función del empleo alcanzado y del número de años de servicio. De lo dispuesto se deduce que existe un supuesto en el que Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados pueden percibir –y de hecho perciben quienes están en esta situación– haberes pasivos. Dicho supuesto se produce en todos los casos en que, fuera del fallecimiento, causan baja en las Fuerzas Armadas bien voluntaria (renuncia) bien forzosamente (pérdida de nacionalidad, separación del servicio y pérdida de empleo).

Determinado el supuesto en el que los Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados –o ex Oficiales Generales y ex Caballeros Mutilados en puridad cuando hubieren sido condenados a la pena de pérdida de empleo– pueden ser perceptores de haberes pasivos, la previsión del artículo 27 de la Ley 50/84, de 30 de diciembre, cobra sentido en cuanto se refiere al cálculo de la pensión de jubilación o retiro del personal que al 31 de diciembre de 1984 se encontraba en situación de... segunda reserva... o en situaciones militares equivalentes.

Los haberes reguladores y coeficientes de aplicación establecidos en el artículo 27 de la tan citada Ley 50/84 son aplicables para fijar el hber pasivo correspondiente a los Oficiales Generales y Caballeros Mutildos que causaren baja por causa distinta del fallecimiento en las Fuerzas Armadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1984.

En consecuencia, las previsiones del artículo 27 sólo son de aplicación en los casos en que proceda fijar un haber pasivo a los Oficiales Generales o Mutilados que, con posterioridad al 31 de diciembre de 1984, hubieren causado baja en las Fuerzas Armadas por renuncia a su condición de militar, por pérdida de la nacionalidad española, por haber sido separado del servicio o condenado a la pena de pérdida de empleo.

El haber pasivo así fijado en estos casos será, además, el regulador de las pensiones familiares causadas por dichos Oficiales Generales y Caballeros Mutilados pues sobre él operarán los porcentajes fijados en los artículos 32 y 33 de la Ley 50/84".

2. El parecer del Consejo de Estado no puede ser compartido. En efecto, los Oficiales Generales de los Ejércitos y los Caballeros Mutilados no pasan nunca a la situación de retirados o jubilados. En todo momento, y hasta su óbito, se le considera en situación de actividad o asimilada a ésta. Así se deduce de las disposiciones reguladoras de las situaciones de unos y otros ya desde el pasado siglo. No quiere decir ello que la situación de unos y otros sea de *servicio activo* pues en la legislación administrativa militar reguladora de las situaciones del personal de los Ejércitos no es posible

identificar las situaciones de actividad y servicio activo. La primera de ellas se configura como *supraconcepto*, esto es, como situación genérica que engloba a otras muchas que tienen todas el denominador común de contraponerse a la de retirado. Por ello, no cabe entender en modo alguno que todas las situaciones comprendidas en la genérica de actividad tienen el mismo contenido y determinan los mismos efectos que la de servicio activo pues si así se hace se confunde, con notorio error, el contenido de lo genérico –actividad– y de una de sus especies –servicio activo–.

1'. Los Oficiales Generales de los Ejércitos no pasan a la situación de retirado, sino a la reserva –asimilada a la de activo– desde que así lo dispusiera la Ley de Presupuestos de 26 de mayo de 1835. Desde entonces esta previsión legal no ha sido modificada sino reiterada por numerosas disposiciones ulteriores (Ley de 29 de noviembre de 1878; Ley de 14 de mayo de 1883; Ley de 19 de julio de 1889 y Leyes de 29 de junio de 1918 y 8 de mayo de 1920). En la actualidad, con la denominación de situación de reserva se designa la propia de los Oficiales Generales al cesar en actividad. De acuerdo con el artículo 13.1 del Real Decreto 734/79, de 9 de marzo, pasan a la situación de reserva "los Generales, Almirantes y sus asimilados, por edad, a petición propia, falta de aptitud psicofísica o profesional o por declaración legal de no apto para el servicio, de conformidad con las disposiciones vigentes en la materia."

La reserva, según la legislación militar, como situación administrativa, se caracteriza por no extinguir la relación de servicio, aunque el Oficial General cese en el servicio activo. Por ello, al pervivir la citada relación, los Oficiales Generales no se integran en las Clases Pasivas del Estado y continúan percibiendo, con cargo a los Presupuestos del Ministerio de Defensa, "las retribuciones básicas ... en la misma cuantía que si estuviesen prestando servicio activo" si bien "a partir de la fecha de su pase a la situación de reserva dejan de perfeccionar el grado por permanencia y los trienios según dispone el Real Decreto Ley 22/1977, de 30 de marzo."

En síntesis, los Oficiales Generales en situación de reserva no perciben haberes pasivos pues se consideran en situación de actividad. Además, en dicha situación, no perfeccionan trienios, ni pueden ascender a empleos superiores.

2'. Los Caballeros Mutilados, integrados en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, tampoco pasan a la situación de retirado en ningún caso. Así lo dispone el artículo 8º de la Ley 5/76, de 11 de marzo:

"Los que ... sean clasificados como Caballeros Mutilados ... ingresarán ... en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, pudiendo permanecer en el mismo hasta su fallecimiento ..."

Hasta el momento de su óbito, los integrantes del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria se consideran en situación *asimilada* al servicio activo, perfeccionando incluso trienios a los efectos de Clases Pasivas familiares y percibiendo sus haberes activos con cargo a los Presu-

puestos del Ministerio de Defensa. Además, en dicha situación pueden incluso ascender a empleos superiores.

3'. El artículo 27 de la Ley 50/84, de 30 de diciembre establece:

"A partir de 1 de enero de 1985 la determinación de los haberes de jubilación o retiro ... del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos de Seguridad del Estado, comprendido en el ámbito de aplicación de la legislación de Clases Pasivas se ajustará a las normas contenidas en el presente y en los artículos siguientes:

1. *Los haberes reguladores anuales que se tendrán en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación o retiro del personal* mencionado en el primer párrafo del presente artículo *que al 31 de diciembre de 1984 se encuentre en situación* de servicio activo, reserva activa o *segunda reserva ... o situaciones militares equivalentes* que se entenderán, en cuanto en esta Ley no se haga distinción expresa, como asimiladas al servicio activo ... *serán,* en cada caso, *los que correspondan* al funcionario en razón del índice de proporcionalidad y grado, o coeficientes multiplicadores o elemento de identificación equivalente asignados a los Cuerpos, escalas, plazas, empleos o categorías en que hayan venido prestando sus servicios desde su ingreso al servicio del Estado hasta el momento de su jubilación o retiro, *de acuerdo con las siguientes tablas."*

Si se interpreta el precepto de forma aislada es necesario concluir que la previsión establecida en el mismo de que:

"1. Los haberes reguladores anuales que se tendrán en cuenta para el cálculo de la pensión de ... retiro del personal ... que a 31 de diciembre en situación de segunda reserva (caso de los Oficiales Generales) o en situaciones equivalentes (caso de los Mutilados) ... serán los que correspondan ... de acuerdo con las siguientes tablas:"

Carece de sentido pues, como se ha señalado, ni los Oficiales Generales ni los Mutilados de Guerra por la Patria pasan nunca a la situación de retirado; nunca reciben pensión por tal concepto sino que perciben haberes activos.

Es preciso, sin embargo, interpretar el artículo 27 de la Ley 50/84 en relación con otras previsiones del Capítulo VI de aquella Ley y tratar de encontrar un sentido a la afirmación legal que contempla la existencia de un haber regulador para el cálculo de la pensión de retiro de quienes nunca pasan a la situación de retirado. No es posible estimar que el Legislador introdujo en el tenor del precepto la citada previsión sin finalidad alguna. Antes al contrario, el intérprete debe buscar el sentido de todas las afirmaciones legales valiéndose de los criterios y elementos que el ordenamiento ofrece y, en concreto, de aquéllos a que se refiere el artículo 3 del Código Civil.

4'. Los artículos que regulan las pensiones familiares y pueden dotar de sentido a la previsión contenida en el artículo 27 de la Ley 50/84 son el 32 (Determinación de haberes familiares de Clases Pasivas. Pensiones de viu-

dedad), el 33 (Pensiones de orfandad) y el 34 (Pensiones en favor de los padres).

El primero de ellos establece:

"A partir de 1 de enero de 1985, la determinación de los haberes en favor de las familias del personal funcionario mencionado en el primer párrafo del artículo 27, que en dicha fecha se encuentre en situación de servicio activo o asimilada a ésta ... se ajustará a los normas contenidas en el presente y siguientes artículos:

.....

2. El importe de la pensión de viudedad será del 50 por 100 del de la pensión de jubilación o retiro del funcionario fallecido ...

En caso de que el fallecimiento del funcionario causante de la pensión se produjera estando en situación de servicio activo, reserva activa o segunda reserva; ... u otras situaciones militares legalmente asimilables, para el cálculo de la pensión correspondiente al cónyuge viudo, *se tomará la que se hubiera señalado al causante caso de haber sobrevivido hasta la fecha* de su jubilación *o retiro,* manteniéndose invariable su categoría profesional o empleo".

Los artículos 33 y 34, por su parte, se limitan a fijar los porcentajes del haber regulador que importan las pensiones de orfandad y en favor de los padres, remitiéndose, por lo demás, a los párrafos segundo, tercero y cuarto del número 2 del artículo 32 de la Ley.

La previsión contenida en el párrafo segundo del número segundo del artículo 32 de la Ley carece, en sí mismo considerada, de sentido, en el caso concreto de los Oficiales Generales que se encuentren en situación de segunda reserva o de los Mutilados que quedan comprendidos en el inciso "u otras situaciones militares legalmente asimilables". En efecto, al no retirarse ni a unos ni a otros puede fijarse pensión de retiro y, en consecuencia, no puede determinarse el importe de la pensión de viudedad, orfandad o en favor de los padres mediante la aplicación de los porcentajes legalmente establecidos. Esta laguna es la que, contra el parecer de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, llena al Consejo Supremo de Justicia Militar entendiendo que la referencia a la "pensión de retiro" ha de estimarse hecha a "haberes percibidos" al momento de fallecer el Oficial General o Caballero Mutilado causante.

5'. Las dificultades de interpretación y aplicación suscitadas por los artículos 27.1 y 32.2 de la Ley 50/84, de 30 de diciembre, pueden resolverse si se ponen en relación uno y otro y se atiende al criterio general de fijación de las pensiones familiares establecido en el texto legal para los funcionarios fallecidos en situación de activo. Existe identidad de razón entre la posición del funcionario fallecido en situación de activo y el Oficial General en reserva y el Caballero Mutilado en todo caso, pues uno y otros están, al momento de su óbito, en una genérica situación de actividad. Por ello, es preciso analizar la solución legal prevista para el caso de funcionario fallecido en situación de activo.

Las pensiones familiares de un funcionario fallecido en situación de activo se determinan mediante la aplicación de ciertos porcentajes (50% caso de viudedad, 25% más 10% por cada hijo caso de orfandad, 15% caso de pensiones en favor de los padres) a su pensión de jubilación o retiro, calculada en la forma que establece el artículo 32.2 párrafo 2º. Es claro que el causante nunca percibe dicha pensión de jubilación o retiro ya que fallece en situación de activo.

Puede afirmarse que el citado haber pasivo de retiro tiene carácter "teórico" pues su determinación se hace sin producirse previamente el acto administrativo de declaración de retiro o jubilación, por cuanto nunca es percibido por el funcionario y sólo sirve de base para calcular el importe de las correspondientes pensiones familiares.

La forma de cálculo expuesta es la que se recoge en el artículo 32.2 para el caso de que el funcionario falleciera en situación legal de segunda reserva u otras situaciones militares asimilables. En estos casos, el importe de la pensión será del 50% de la pensión de retiro que "se hubiera señalado al causante caso de haber sobrevivido hasta la fecha de su ... retiro". Expresamente dispone la ley que en estos casos procede fijar, al menos teóricamente, una pensión de retiro para los fallecidos en situación de segunda reserva o asimilable a la de actividad.

La determinación del haber de retiro ha de hacerse, al no establecer la ley otra forma distinta, de acuerdo con las normas que contienen los artículos 27.1 y 28, esto es, aplicando al haber regulador anual correspondiente, en razón del índice de proporcionalidad y grado, establecido en la tabla del artículo 27.1, el "porcentaje del regulador", único o múltiple, que proceda.

Concebido así el sistema de fijación de las pensiones familiares causadas por los Oficiales Generales en situación de reserva y por los Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria cobra sentido la afirmación contenida en el artículo 27.1 de la Ley en cuanto dispone que "los haberes reguladores anuales que se tendrán en cuenta para el cálculo de la pensión de ... retiro ... del personal ... que ... al 31 de diciembre de 1984 se encuentre en situación de ... reserva ... o segunda reserva ... o en situaciones militares equivalentes (al servicio activo)" serán los fijados con arreglo a la tabla que incorpora.

En consecuencia, hay que entender que los haberes reguladores establecidos en el artículo 27.1 para el cálculo de las pensiones de retiro no son aplicables, ni a los Oficiales Generales en situación de reserva ni a los Caballeros Mutilados mientras estén en aquella situación o pertenezcan al Benemérito Cuerpo, por cuanto no perciben en tal caso haberes pasivos. Sin embargo, cuando, una vez fallecidos, causan pensiones familiares o cuando, sin producirse su óbito, son separados del servicio, dichos haberes reguladores les son de aplicación a los efectos de determinar una teórica pensión de retiro que sirva de base para fijar el importe de las familiares que pudieren corresponder. No es pues necesario acudir a la legislación anterior para fijar la base reguladora en estos casos sino que ha de aplicarse el artículo 27 de la

Ley 50/84 pues es preciso poner en conexión el citado precepto con los artículos 32, 33 y 34 del mismo texto. En ese sentido, acompaña la razón a la Dirección General de Costes de Personal cuando señala que "el legislador ... ha omitido ... lo (que) es cabalmente la norma de conexión entre su artículo 27 y sus arts. 32 y concordantes."

6'. El cálculo de la pensión teórica de retiro debe hacerse aplicando al haber regulador correspondiente –determinado de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 27.1 y 28.1, si el causante sólo hubiera tenido su único empleo, o de acuerdo con la fórmula matemática a que se refiere el artículo 28.2, si el causante hubiera ostentado varios empleos– uno o varios porcentajes de cálculo, en función de los años de servicio prestados.

La única cuestión que debe plantearse en torno a esta fórmula de cálculo de la pensión teórica es la del tiempo de servicios efectivos computables a los efectos de determinar el porcentaje correspondiente. En otro términos, la fijación del *dies ad quem* de la situación de actividad computable a los efectos de la pensión.

La Dirección General de Costes de Personal y el Consejo Supremo de Justicia Militar parecen fijar dicho *dies ad quem* en el del fallecimiento tanto para los Oficiales Generales como para los Caballeros Mutilados.

No puede compartirse el criterio señalado, en lo que a los Oficiales Generales se refiere, por cuanto la situación y el régimen jurídico de éstos difiere sustancialmente de la de los Caballeros Mutilados del Benemérito Cuerpo Militar.

Los Caballeros Mutilados, como se ha expuesto anteriormente, están en activo hasta su fallecimiento, perfeccionando trienios durante toda su vida y pudiendo incluso ascender a empleos militares superiores de acuerdo con la legislación aplicable. La situación de actividad de los Mutilados del Benemérito Cuerpo tiene un contenido real equiparable al servicio activo de los funcionarios militares.

La situación de reserva de los Oficiales Generales es distinta. Bajo el concepto genérico de reserva, se agrupan dos situaciones diferentes, la reserva activa y la segunda reserva.

La reserva activa es una situación de activo, con un contenido real de actividad, en la que los Oficiales Generales, como el restante personal militar, continúan perfeccionando trienios, cruces y cualquier otra retribución que corresponda en función del tiempo de permanencia en situación de actividad. El tiempo pues permanecido en esta situación es de actividad a todos los efectos y, por tanto, computable a efectos pasivos.

La segunda reserva es una situación distinta. A ella pasan "los Generales, Almirantes y sus asimilados, por edad, a petición propia, falta de aptitud psicofísica o profesional o por declaración legal de no apto para el servicio" (artículo 13.1 del Real Decreto 734/1979, de 10 de marzo) y en ella permanecen "de por vida..., siéndoles reconocido el fuero militar y los honores y prerrogativas que a su empleo corresponda ..." (Ley 20/81, de 6 de

julio, artículo 9º). En esta situación de segunda reserva, no perfeccionan trienios ni grado por permanencia (Real Decreto Ley 22/1977, de 30 de marzo, disposición final sexta).

La simple lectura de los preceptos citados muestra de modo inmediato que la segunda reserva se caracteriza precisamente por constituir la cesación, en la relación jurídica, como tales funcionarios, de los Oficiales Generales –equiparándose al retiro– pero que despliega unos particulares efectos *en atención a la jerarquía militar de los afectados*, de modo que no puede decirse que se trata de un cese total en la relación de servicio pues perviven determinados contenidos y efectos de la misma. Así por ejemplo, los Generales en segunda reserva continúan figurando en los escalafones militares, si bien no en las Escalas Activas, mantienen el derecho al uso del uniforme, no perciben haberes pasivos y conservan los honores y tratamiento correspondiente. Son, todos ellos, reflejos de una situación genérica de actividad que carece de contenido real pues no generan trienios, ni consolidan grado de permanencia, ni pueden ocupar puestos de mando militar en los Ejércitos, salvo en tiempo de guerra, ni cargos militars, salvo que excepcionalmente el Gobierno, a la vista de las circunstancias especiales que concurrieren en el caso, así lo recuerde.

La segunda reserva es una situación intermedia entre la del retirado –que ya no es militar aunque conserva reflejos de su antigua situación– y del que está en servicio activo; queda comprendida en la genérica situación de actividad pero no es asimilable en modo alguno a la de servicio activo. Así lo ponían de manifiesto la Orden Circular de 7 de julio de 1933 en la que se señalaba que "el personal que se encuentre en situación de reserva no tiene el concepto de pasivo ni retirado, pero tampoco puede considerarse en activo, ni disfrutar de los derechos reconocidos a quienes están en tal situación"; la Orden del Ministerio de la Guerra de 17 de febrero de 1934 que al resolver una cuestión de protocolo y representación afirmaba que: "los Generales de División y Brigada en situación de reserva no tienen la condición de retirado pero no por ello han de considerarse en activo en el Estado Mayor General sino sólo en situación de actividad a efectos honoríficos", y se puede deducir del tenor de la Base 8ª de la Ley de 29 de junio de 1918, de los Decretos de 23 de septiembre de 1939 y 12 de marzo de 1954 y del artículo 210 de las Reales Ordenanzas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre que dispone:

"El militar de carrera, en tanto no pierda su empleo o pase a la condición de retirado, tiene como situaciones básicas las *de actividad o reserva*. En actividad podrá estar destinado en las Fuerzas Armadas o en organismos con ellas relacionados..."

La situación de reserva –hoy denominada segunda reserva– se contrapone pues a la de servicio activo, dentro de una, genéricamente denominada de actividad. En ella permanecen los Oficiales Generales sin posibilidad de

ascender, sin generar trienios y sin aptitud legal –salvo la excepción indicada– de ejercer mando; es decir, sin contenido "real" de actividad.

Pues bien, y a los efectos que interesan, si no perfeccionan trienios, no ven aumentado el tiempo computable para la fijación de los haberes pasivos familiares. Por ello, el *dies ad quem* que debe tomarse como determinante del porcentaje regulador que opera sobre el o los correspondientes haberes es el del pase a la situación de segunda reserva en el caso de los Oficiales Generales, de tal modo que el tiempo permanecido en esta última situación no es computable a los efectos de la fijación de la pensión teórica de retiro que servirá de base a los familiares que traigan su causa de aquel.

En consecuencia, la fijación del *dies ad quem* referido es:

1. Para los Oficiales Generales que fallecieren, el día de su pase a la situación de segunda reserva.

2. Para los Caballeros Mutilados, sin embargo, como continúan devegando trienios hasta su fallecimiento, el día de su óbito.

3. Para unos y otros, caso de haber sido separados del servicio, el día que la correspondiente resolución sea firme.

3. INFORMACION

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ
Capitán Auditor del Aire
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.- II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 1. Doctrina general; 2. Recursos administrativos.- III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION: 1. Incompatibilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen y la pensión por su fallecimiento en acto de servicio. 2. La decisión de interrumpir definitivamente la expropiación forzosa de unas fincas puede comportar la obligación de indemnizar. 3. Responsabilidad patrimonial en el caso de vehículos propiedad de los Estados Unidos.

I. COMENTARIO GENERAL DE LA DOCTRINA LEGAL

Se recogen en esta Sección algunas consultas emitidas por el Consejo de Estado en cuestiones relativas al procedimiento administrativo y a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Todas ellas abundan en los criterios sostenidos reiteradamente por el Cuerpo Consultivo en lo tocante a los extremos abordados en las mismas.

Merece especial consideración la doctrina sentada por el Alto Cuerpo Consultivo en su dictámen número 45.215 en el que el Consejo de Estado afirma que es admisible la interposición de un recurso extraordinario de revisión contra un acto administrativo susceptible de recurso contencioso-administrativo pues el requisito de firmeza a que se refiere el artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo sólo se entiende circunscrito al ámbito administrativo y no al jurisdiccional.

Dicho criterio del Consejo es claramente distinto del sustentado por la Jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos. Ciertamente en las resoluciones del Tribunal Supremo no se aborda de modo directo, completo –y menos sistemático– el estudio de los "actos administrativos fir-

mes", tanto en sí mismos considerados como el marco del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a efectos de dilucidar cuáles de entre ellos, por reunir dicho requisto, son susceptibles de ser impugnados mediante la interposición del "recurso extraordinario administrativo de revisión", que regula tal precepto y el siguiente, el 128, de la Ley Procedimental. No obstante, y a pesar de que los pronunciamientos de tal jurisprudencia se formulan incidentalmente, son lo suficientemente expresivos y constantes en su criterio. Ese criterio unánime, uniforme y reiterado, sin desviación alguna, es contrario al parecer sustentado por el Consejo de Estado en lo que a la interpretación de la noción de firmeza se refiere pues los Tribunales declaran que un acto administrativo es firme, a los efectos del artículo 127 de la Ley de Procedimiento, cuando no es susceptible de ser impugnado ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional mediante otro recurso ordinario.

En efecto, las resoluciones judiciales, en cuanto son aprovechables se orientan: a) De un lado, a la distinción de *firmeza* versus *causación de estado* o agotamiento de la vía administrativa, diferenciación y principio que inspira toda la regulación de nuestro sistema de conexión entre los recursos administrativos y los recursos contencioso-administrativos; b) De otra parte, a referir la firmeza de los actos administrativos a la imposibilidad de que los mismos puedan ser combatidos por las vías de impugnación ordinaria, por los recursos ordinarios, o sea, a sentar el concepto de que "actos administrativos firmes son aquellos contra los que no cabe (ya) ningún recurso ordinario", siendo de destacar que no se niega en modo alguno por tal jurisprudencia que la condición de recurso "ordinario" conviene tanto a los administrativos (salvo, precisamente, el de revisión), como al contencioso-administrativo.

Estas premisas quedan confirmadas por el análisis particularizado de todas y cada una de las veinte sentencias (hay tres de la misma fecha, 30 de abril de 1974) que, de algún modo, directa o indirectamente, se refieren a la cuestión debatida, o sea a que debe entenderse por "actos administrativos firmes" (artículo 127 L.P.A.), a efectos de poder interponer contra ellos el recurso administrativo extraordinario de revisión. Y aún abarcan –como se verá– todas las sentencias que, aunque citadas en apoyo de las tesis del dictamen en realidad no hacen referencia alguna a dicho problema.

Las resoluciones del Tribunal Supremo que abordan la cuestión pueden agruparse, a efectos sistemáticos, en tres grupos:

A) Sentencias que no se refieren a la cuestión considerada.

B) Sentencias que sólo puntualizan los casos en que la revisión ha de seguirse en la vía administrativa o en la jurisdiccional y configuración y alcance respectivo de dichas vías revisoras y de sus pronunciamientos.

C) Sentencias que se refieren realmente al fondo de la cuestión debatida, sentando criterios, más o menos completos, acerca de la misma

1. *Sentencias que no se refieren a la cuestión considerada.*

S. de 15 noviembre 1961 (Sala 4ª –Ar. 236).– El Consejo de Estado la aduce en su dictamen por haber declarado (Considerando 1º) que "no son compatibles dos simultáneos recursos: administrativo y contencioso contra la misma resolución administrativa; y que cuando se entablare por el actor del voluntario de revisión, no causará estado la anterior decisión administrativa hasta que sea resuelto este último de revisión"; por lo cual la Sala se declaró incompetente. El pronunciamiento realmente no expresa otra cosa sino que, pendiente un recurso de revisión administrativo, el acto no ha causado estado y, por ello, no puede ser impugnado en vía contenciosa hasta que se resuelva el recurso de revisión administrativo planteado. Lo cierto es que esta Sentencia no puede aducirse para nada –ni en favor ni en contra– de cualquier interpretación del artículo 127 L.P.A. y su concepto de "actos administrativos firmes", ya que contempla hechos, procedimientos y pronunciamientos anteriores a la promulgación (1958) de la Ley de Procedimiento Administrativo y aún (diciembre 1956) a la de la Jurisdicción contencioso-administrativa: el recurso contencioso se dedujo contra una resolución de 7 mayo de 1956, mediante escrito de 8 de agosto de igual año, y contra aquella resolución se había interpuesto asimismo el extraordinario de revisión ante el Ministerio de Trabajo, que fue desestimado por resolución de 2 de noviembre de 1956.

S. de 23 de febrero 1970 (Sala 3ª –Ar. 956).– Entre las dictadas en la mencionada fecha es la única que se refiere, según su epígrafe, a un recurso extraordinario de revisión, pero, a pesar de ello, realmente trata de un recurso extraordinario de *apelación*, en interés de la ley, de los que regula el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción, en beneficio de la jurisprudencia, y que exige que la doctrina que se mantiene en la resolución impugnada haya incurrido en error grave y producido daño también grave. Nada tiene, pues, que ver con el recurso extraordinario administrativo de revisión ni con la doctrina de los actos firmes.

S. de 12 de noviembre 1971 (Sala 5ª –Ar. 4600).– Se limita a indicar en su Considerando 2º que "... un acto dictado trece años antes, que había quedado consentido al no formularse recurso alguno contra el mismo, adquirió el carácter de firmeza...". Lo cual es obvio.

S. de 30 de abril 1974 (Sala 3ª –Ar. 2169)–. Es una de las tres de esta misma fecha (30 Abril) que de algún modo se refieren a los recursos de revisión. Se trata aquí de uno interpuesto dentro de la jurisdicción, esto es contra una sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Burgos. Dicho recurso se formula al amparo de los apartados g) y b) del número 1º del artículo 102 de la Ley Jurisdiccional, y no presenta ningúna cuestión respecto de los actos firmes.

2. *Sentencias que sólo puntualizan los casos en que la revisión ha de seguirse en la vía administrativa o en la jurisdiccional, y configuración y alcance respectivo de dichas vías revisoras y de sus pronunciamientos.*

S. de 12 de marzo 1973 (Sala 5ª –Ar. 1058).– Se trataba de un expediente sustanciado en 21 de noviembre de 1967, contra el que el interesado entabló el 16 de marzo de 1970 el recurso extraordinario (administrativo) de revisión, que fué desestimado por resolución ministerial de 19 de octubre 1970. Contra esta última resolución interpone, a su vez, recurso contencioso-administrativo, que la Sala también desestima, fundándose (Considerando 2º) en que "el recurso de revisión se interpuso cuando de sobra se había rebasado el plazo de caducidad previsto en el párr. 2º del artº 128 L.P.A.", y en que tampoco incidió el evento de autos en el error de hecho del motivo primero. Todo ello significa (como resulta también de algunas de las siguientes Sentencias que van a examinarse), que contra lo resuelto en un recurso administrativo extraordinario de revisión cabe interponer recurso contencioso-administrativo, como es lógico, pero tal recurso contencioso ha de ceñirse a examinar el de revisión, sus motivos, plazos, etc., conforme a los arts. 127 y 128 L.P.A.; *pero sin entrar en el fondo de la cuestión.*

S. de 17 de octubre 1973 (Sala 5ª –Ar. 3627).– Se recurre contra resolución del Ministerio de la Gobernación de 20 de julio de 1970 que declaró inadmisible el recurso extraordinario de revisión (administrativo) interpuesto por el actor contra otra anterior resolución que actualizó su pensión de jubilado. La Sentencia entra a examinar si, conforme al artículo 12 L.P.A., era procedente o no dicha declaración de inadmisibilidad.

S. de 17 de octubre 1973 (Sala 4ª –Ar. 4041).– Empieza por sentar que la resolución dictada por el Ministerio de la Gobernación el 7 julio 1970 "adquirió el carácter de firme... al no haberse interpuesto contra la misma el pertinente recurso de reposición, previo al contencioso-administrativo" (Considerando 1º). Añade que, una vez firme dicha resolución, uno de los Ayuntamientos interesados interpuso recurso extraordinario de revisión al amparo de lo dispuesto en el artº 127, núm. 2º de la L.P.A., dictándose por el Departamento nueva resolución, el 2 de diciembre 1971 en la que declara inadmisible dicho recurso, interponiéndose contra esta última resolución el recurso contencioso-administrativo (Considerando 2º). Y, como en los otros casos semejantes, esta Sentencia se limita (Considerando 3º) a examinar si concurría o no dicha circunstancia 2ª del artº 127 tantas veces citado.

S. de 26 noviembre 1973 (Sala 4ª –Ar. 4894).– Tiene, entre otros epígrafes: "Procedimiento Administrativo: Recurso de Revisión: Admisión y trámite". Y se limita a indicar, en su Considerando 1º: "Que si bien con arreglo a lo dispuesto en el artº 127 L.P.A. de 17 de julio de 1958, podrá interponerse recurso extraordinario de revisión ante el Ministerio competente contra aquellos actos administrativos firmes en que concurran algunas de las circunstancias enumeradas en el mismo precepto, siempre que, además, sea

promovido dentro de los concretos plazos que al efecto señala el artº 128 de la propia Ley; han de entenderse, sin embargo, excluídos de tal posibilidad aquellos actos o disposiciones administrativas cuya conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico haya sido declarada por sentencia firme, dictada en la vía contencioso-administrativa, toda vez que en dicho supuesto lo que había de revisarse es la apuntada resolución judicial, lo que sólo cabe efectuar ante el T.S. y mediante el ejercicio del recurso establecido en el artº 102 de la Ley reguladora de la Jurisdicción". Con ello se puntualiza, de un modo claro y contundente, que no cabe el recurso administrativo de revisión contra un acto que ya ha sido objeto de exámen y pronunciamiento en la vía contencioso-administrativa, por Sentencia firme dictada en la misma.

S. de 30 de abril (Sala 5ª –Ar. 1648).– Se trata de un particular que interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución del Ministerio de la Gobernación de 25 de febrero 1970, que declaró inadmisible el recuerdo de revisión interpuesto por el actor en petición de mayor porcentaje para la actualización de su pensión de jubilación. Se razona que, como la resolución impugnada declaró inadmisible el recurso de revisión deducido al amparo del apartado primero del artº 127 L.P.A., por estimar que la cuestión planteada no es de hecho sino de carácter jurídico, tal punto es el único que ha de estudiarse en la sentencia contenciosa, y así se hace, sin otro interés.

S. de 30 abril 1974 (Sala 4ª –Ar. 1966).– Muy extensa, en su Considerando 5º expresa textualmente que la doctrina juridesprudencial viene disponiendo que "el alcance que pueda tener la impugnación en vía contencioso-administrativa frente a un recurso extraordinario de revisión administrativo, el cual sólo puede contemplar la posible infracción de las específicas normas que el ordenamiento jurídico determina para su fundamentación, o sea, con las mismas limitaciones del artº 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de cuya esfera no cabe salirse para efectuar pronunciamientos, debiendo evitarse, que, al socaire de un recurso jurisdiccional entablado contra el expresado acto administrativo, de carácter extraordinario, pueda insistirse en materias que son propias de recursos ordinarios" –Ss. de 15 de febrero 1969 (R. 682) y 21 octubre 1970 (R. 4560)–; "el peligro de que al amparo de un recurso contencioso-administrativo contra lo acordado en revisión pudiera insistirse sobre extremos decididos en los ordinarios que ya quedaron firmes y consentidos al no haberse impugnado"– S. de 10 noviembre 1959 (R. 4099), completada con la de 16 abril 1970 (R. 2270) que recoge la de 24 de mayo de 1968 (R. 2492) en la que se expone que: "si bien su resolución (la de revisión) es también susceptible de impugnación jurisdiccional pero sólo en cuanto a través de ella se hubieran podido infringir las específicas normas que el ordenamiento jurídico recoge para su fundamentación".

S. de 22 abril 1981 (Sala 3ª –Ar. 5408).– También muy extensa, en ella se impugna una resolución del Ministerio de Información y Turismo que

estimó recurso de revisión interpuesto por uno de los participantes en el concurso convocado para la adjudicación de un contrato de suministro (Considerando 1º); pero se limita, a instancia del otro concursante, a dilucidar (Considerando 4º) *si hubo o no el error de hecho del artº 127.1 L.P.A.*, que apreció la Administración para dar lugar al aludido recurso de revisión. Estos dos Considerándos, que acepta el Tribunal Supremo, forman parte de la Sentencia de la Audiencia Nacional. Y en el Considerando 1º de la del Tribunal Supremo (que acepta previamente los de dicha Audiencia) se sienta que "en materia de actos administrativos, la Administración goza de las facultades más amplias respecto a la revisión de los actos no declarativos de derecho, y, aún dentro de éstos últimos, la potestad de revisar sus actos puede ejercerla dentro del marco formal de los recursos administrativos: interpuesto un recurso desaparece el límite de los derechos subjetivos en áreas de los intereses públicos y puede pronunciarse acerca de la nulidad o de la anulación del acto, siempre que concurran motivos para ello". Todo lo cual no tiene otro alcance que el de fijar cual es el contenido y límite de los recursos administrativos de revisión (y aún de la revisión de oficio de los actos administrativos por la propia Administración), pero sin indicar nada acerca del concepto discutido: "actos administrativos firmes".

S. de 17 junio 1981 (Sala 3ª –Ar. 2467).– Realmente esta Sentencia podría incluirse en el posterior grupo, pues el concepto que dá sobre "actos administrativos firmes" coincide esencialmente con el que se mantiene en las sentencias que integran el citado grupo. En efecto, dice en su Considerando 4º: "Que si el recurso de revisión regulado en los arts. 127 y 128 de la L.P.A., como extraordinario que es, y limitado rigurosamente al ámbito del concreto motivo determinante de su incoación, estrictamente interpretado como corresponde a su carácter de causa específica de apertura de una vía de impugnación extraordinaria en relación con un *acto firme*, precisa, atendidos los términos de la norma en que se fundamenta, la premisa inexcusable de un error de hecho... (que se analiza)". Y añade luego, al final de este mismo Considerando, otro largo párrafo que es reproducción textual del que se ha trascrito anteriormente al citar la sentencia de la Sala 4ª de 30 abril 1974 (Ar. 1966).

3. *Sentencias que se refieren realmente al fondo de la cuestión debatida, sentando criterios, más o menos completos, acerca de la misma, tal como quedó enunciada.*

S. de 2 diciembre 1970 (Sala 5ª –Ar. 5074).– Dice en su Considerando 1º: "... Correlativamente, debe también estimarse como igualmente reconocido por el Derecho Público y por Sentencias de esta sala, la *firmeza* de los actos jurídicos y correlativamente la de los de la Administración revisables *ante ella* y con posterioridad ante esta jurisdicción, cuando no sean impugnados en tiempo y forma que originen su *definita firmeza*, que únicamente a

través de procedimientos especiales concretos y taxativos pueden modificarse". En este caso, debe considerarse que la expresión "definitiva firmeza" es una incorrección expresiva y traduce, inequivocamente, la distinción firmeza-causación de estado, queriendo resaltar, sin embargo, la apariencia sólida que deriva de un pronunciamiento administrativo, en forma análoga al principio de validez y eficacia inicial de los actos administrativos que proclama el artº 45.1 L.P.A.

S. de 25 octubre 1972 (Sala 5ª –Ar. 4319).– Declara (Considerando 2º): "Que para ser admisible un recurso extraordinario de revisión fundado en el motivo del número 1 del artº 127 de la L.P.A., es preciso, según enuncia este precepto, que, tratándose de acto firme se hubiera incurrido en él en manifiesto error de hecho...". Antes, en el Considerando 1º, había ya puntualizado que el acto administrativo "adquirió firmeza al no ser entablado *recurso alguno* respecto al mismo, dentro del plazo señalado al efecto".

S. de 28 febrero 1973 (Sala 4ª –Ar. 882).– Aunque algo oscura, señala en su Considerando 2º: "Que, como dice expresamente el artº 127 de la L.P.A., el recurso extraordinario de revisión solo puede darse contra los actos administrativos firmes y el que aparece no lo era al tiempo de intentarse la revisión extraordinaria", por lo cual se desestima el recurso contencioso-administrativo y se confirma la resolución del Ministerio de Trabajo de 31 de julio de 1967, que no admitió el recurso de revisión interpuesto por el recurriente contra resolución de la Dirección General de Trabajo de 10 de marzo del mismo año, ya que, al parecer, el recurso de revisión se intentó cuando esta última resolución de la Dirección General no era todavía firme, aunque se indica en la Sentencia por qué causa (por ejemplo no haber interpuesto, estando en plazo, recurso de alzada o preceptivo de reposición, o, quizás, –estando también en plazo para ello– el recurso contencioso-administrativo directo).

S. de 3 junio 1975 (Sala 4ª –Ar. 3260).– Con cierta imprecisión terminológica, expresa textualmente en el Considerando 3º: "Una de las condiciones que ha de reunir el acto administrativo para que sea recurrible en la jurisdicción contencioso-administrativa es que cause estado, es decir, que ponga fin al fondo del asunto por decidirlo definitivamente en vía administrativa".

S. de 22 octubre 1975 (Sala 5ª –Ar. 3612).– En el Considerando 2º dice que: "La teoría del acto firme y consentido requiere en su manejo y aplicación de máximo cuidado, puesto que en realidad, como es sabido, es un instrumento de la seguridad jurídica, no en toda hipótesis concorde con la justicia material".

S. de 26 septiembre 1978 (Sala 4ª –Ar. 3190).– En el primer Considerando razona que cuando el Real Decreto-Ley de Amnistía 10/1976 "fué promulgado, el acto administrativo sancionador de 15 de junio de 1970, impugnado a través de los correspondientes recursos resueltos negativamente por las resoluciones de 7 de diciembre de 1971 y 8 de marzo de 1972 *no había adquirido firmeza* (que no cabe confundir con el carácter de definitiva que

cabe entender aplicable a la decisión ministerial combatida), por haber sido impugnadas en vía procesal en tiempo y forma legal por la representación actora"; esto es, porque contra ellas se había interpuesto –como indican los antecedentes (Resultándos) de esta Sentencia– recurso contencioso-administrativo.

S. de 12 diciembre 1978 (Sala 4ª –Ar. 4627).– Se trataba también de sanciones impuestas por Decreto del Ministerio de la Gobernación de 4 de diciembre de 1972, confirmado por el propio Ministerio, al desestimar súplica de los interesados, en nuevo Decreto de 7 de marzo de 1973 y, a su vez, por acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 1973. Contra este último se interpuso recurso contencioso-administrativo pidiendo el actor se le reintegrase la cantidad abonada. En el Considerando 1º dice la Sentencia que "el acto administrativo sancionador de 4 de diciembre de 1972, impugnado a través de los correspondientes recursos resueltos negativamente por la resolución del Consejo de Ministros de 6 de abril de 1973, *no había adquirido firmeza* (que no cabe confundir con el carácter de definitiva que es aplicable a la decisión combatida), por haber sido impugnado en vía procesal en tiempo y forma legal por la representación actora".

S. de 4 diciembre 1979 (Sala 4ª –Ar. 4176).– Contra acuerdos de un Ayuntamiento, que denegó licencias de construcción de viviendas, se interpusieron recursos de reposición por los interesados, que fueron desestimados. Entonces, éstos interpusieron recurso contencioso-administrativo, en que el Ayuntamiento demandado alegó que cabía porque eran acuerdos firmes, que incluso se habían llevado a ejecución demoliendo las viviendas, sin que los interesado pidieran la suspensión de la demolición. El Considerando 1º sostiene que "no puede estimarse que dicho recurrente consintió el acuerdo mencionado, pues con este criterio y ante el principio de ejecutividad de los actos administrativos podría llegarse a igual conclusión siempre que no solicitase la suspensión de la ejecución, máxime cuando un acto administrativo sólo puede considerarse consentido y firme cuando no haya sido recurrido en tiempo y forma (artículo 40-a Ley Jurisdiccional) y una cosa es el acto en sí y otra su ejecución".

En consecuencia, a la vista de las resoluciones judiciales enumeradas, se puede afirmar que el criterio sustentado por los Tribunales es el de que la firmeza a que se refiere el artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo es predicable no sólo del ámbito administrativo sino también del jurisdiccional. El recurso regulado en el artículo 127 de la Ley procedimental sólo cabe contra actos que no sean susceptibles de impugnación mediante ningún recurso administrativo ordinario ni mediante recurso contencioso administrativo.

El criterio jurisprudencial es por lo demás el que concuerda con los antecedentes históricos pues, con arreglo a las Bases 12 a 14 de la Ley de 19 de octubre de 1889 y a los Reglamentos de Procedimiento dictados en su desarrollo, los recursos extraordinarios de incompetencia y nulidad, análogos

al actual de revisión, sólo cabían respecto a actos firmes tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

Resulta pues evidente la contradicción los pareceres de los Tribunales y del Consejo de Estado.

II. Procedimiento administrativo

1. *Doctrina general*

1. *Informes:* "El Consejo de Estado estima que, siempre que una resolución administrativa sea capaz de generar derechos y obligaciones de carácter económico a la Hacienda Pública, se requiere el informe de la Intervención Delegada, con independencia del dato de que aquélla resolución se produzca en vía de petición o de recurso" *(Dictamen número 45.193).*

2. *Notificaciones:* "En las notificaciones domiciliarias es preciso que conste la razón en virtud de la cual la persona a la que se extienda la diligencia se halla en el domicilio, pues de lo contrario, no cabrá fundar presunción alguna de conocimiento del acto que se notifica" *(Dictamen número 45.938).*

2. *Recursos administrativos*

1. *Doctrina General:* "Encontrándose el acto administrativo sobre cuya validez se consulta impugnado por un recurso administrativo, el dictamen del Consejo de Estado debe producirse, de conformidad con las reglas de procedimiento correspondientes, una vez evacuado el trámite de audiencia preceptivo en relación con los terceros interesados. Es preferible por tanto atender el trámite abierto por el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo a seguir, respecto del mismo, la vía de la revisión de oficio, la cual, por lo demás, exige un acto de incoación del expediente y también audiencia de los interesados" *(Dictamen número 45.228).*

2. *Recurso de revisión:* "La aparición de nuevos documentos tiene importancia cuando sirven directamente para demostrar que el acto recurrido habría sido distinto si tales documentos hubiesen obrado en el expediente, ya que habrían modificado la situación conocida en aquel momento" *(Dictamen número 45.017).*

– "La Constitución permite la retroactividad de las normas favorables a los administrados que no afecten desfavorablemente a terceros, siempre que el supuesto de hecho externo existiera ya en el momento al que pretenden retrotraerse los efectos de la norma" *(Dictamen 45.022).*

– "Es admisible la interposición de un recurso extraordinario de revisión contra un acto administrativo susceptible todavía de recurso contencioso administrativo o que se encuentre en trámite de tal recurso. No es aplicable el artículo 127.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo cuando el particular genera documentos o actuaciones nuevos, y no ya descubriendo documentos ignorados u ocultos" *(Dictamen número 45.215).*

- "No puede apreciarse la existencia de error de hecho en una resolución que se limita a revocar otra anterior, precisamente por estimar insuficientemente acreditados los datos y fundamentos de ésta, ordenando continuar la instrucción del procedimiento. El acto cuya revisión se pretende es meramente de trámite y no pone fin a la vía administrativa." *(Dictamen número 45.229).*

III. Responsabilidad patrimonial de la Administracion

1. *Incompatibilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la pensión por fallecimiento en acto de servicio.*

Antecedentes. El interesado solicita "una justa indemnización por el fallecimiento de su hijo en el cumplimiento del servicio militar", señalando que su hijo, soldado, falleció prestando servicio en el Regimiento de Movilización y Prácticas, a consecuencia de un disparo de arma de fuego producido por otra persona, pero con ocasión del cumplimiento de un deber público.

Consulta. "la pretensión de indemnización formulada por el padre del soldado fallecido ha sido ya satisfecha, en concepto de responsabilidad civil dimanante del delito a cargo del autor del mismo condenado al abono de la cantidad fijada al efecto. Los hechos que dieron lugar a la muerte de la víctima generaron una responsabilidad no sólo penal, sino también civil, que, en el presente caso, fue integramente asumida por el autor del delito. Además se concedió a los causahabitantes pensión extraordinaria por haber ocurrido los hechos con ocasión del servicio. Por ello, se considera que el Estado satisfizó ya –y lo sigue haciendo mediante el abono periódico de la pensión– la indemnización exigible por tan luctuoso suceso" *(Dictamen número 43.622, de la Sección 4ª)*

2. *La decisión de interrumpir definitivamente la expropiación forzosa de unas fincas puede comportar la obligación de indemnizar.*

Consulta. "Una actuación administrativa semejante a la considerada en las actuaciones (esto es, la decisión pública de interrumpir definitivamente la expropiación forzosa de unas fincas mediante un acuerdo expreso por el que quedan excluídas del perímetro que se pretende expropiar) es, en principio, susceptible de ser compensada económicamente mediante una indemnización a cargo de la Administración cuando aquélla ha producido daños efectivos a los particulares.

En apoyo de esta afirmación cabe citar una reciente doctrina legal de este Alto Cuerpo Consultivo que se contiene en particular en los dictámenes de 25 de febrero y de 12 de mayo, ambos de 1988, emitidos respectiva-

mente en los expedientes núms. 50.918 y 51.153/50.072. En efecto, y sin perjuicio de una remisión a su texto, en tales dictámenes se razona en detalle que cuando la actuación de la Administración se traduce en el desistimiento unilateral de una expropiación forzosa, los efectos de esta decisión pueden producir unos perjuicios que, no teniendo cobertura económica mediante el justiprecio en el procedimiento expropiatorio que ha quedado interrumpido, en el supuesto de que sean resarcibles por haber sido demostrados deben ser compensados a través del mecanismo general de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Sin embargo, la aplicabilidad de este mecanismo compensatorio sólo es posible si se cumplen por parte del reclamante determinados requisitos de índole sustantiva y procedimental.

Entre los mismos no es el menos importante el seguir en la reclamación el procedimiento legalmente establecido. En efecto, el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el artículo 106.2 de la Constitución implican la necesidad de someter la petición de indemnización a un procedimiento; procedimiento que, en los momentos actuales, se encuentra definido en el artículo 134 del Reglamento de Expropiación Forzosa.

En este precepto se expresa con claridad que el lesionado debe especificar en sus escritos tanto las circunstancias en que el daño se produjo, como la descripción de las pruebas que considere oportunas para justificar la existencia y valoración del perjuicio. A la vista de tales elementos de juicio, quien instruya el asunto finalizará su actividad emitiendo una propuesta en la que se admita, modifique o rechace la reclamación del particular y, en su caso, su valoración.

A continuación es obligado remitir el expediente al Consejo de Estado, no ya por disponerlo así el citado precepto reglamentario, sino porque la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, establece en esta materia el dictamen preceptivo en su artículo 22.13.

Por último, como regla general, es el Ministro el órgano competente para acordar la resolución que proceda.

Si se ponen en relación estas exigencias procedimentales, que no solamente vinculan a la Administración, sino también a los administrados, con lo que ha sido la conducta de éstos en el presente expediente, puede establecerse que la actuación del representante de los reclamantes se encuentra en contradicción con la que resulta reglamentariamente obligada.

Es verdad que, presentadas las reclamaciones en plazo, en las mismas se indicaba una cantidad económica. Pero, al margen de que a partir de este momento en los escritos dirigidos a la Administración no vuelve a mencionarse cifra alguna, bajo ningún concepto puede considerarse que la prestación de tales escritos constituya, no ya una prueba, sino ni siquiera una indicación de los medios probatorios que se considera necesario presentar o de las pruebas que se reputa oportuno practicar para que de su resultado

pudiera establecerse un principio de convicción de que las actuaciones de la Administración, en su caso, han producido un daño y de cuál debe ser la cantidad mediante la que pueda lograrse su reparación.

Desde otro punto de vista, es patente la confusión entre un expediente expropiatorio y otro tramitado para declarar la responsabilidad estatal. Aunque las instancias invocan los preceptos legales reguladores de esta institución, lo que más adelante se pretende, y así se dice expresamente, es llegar a una negociación sobre las cantidades que, de no ser factible, debería ser resuelta por el Jurado Provincial de Expropiación.

Es evidente la improcedencia del cauce sugerido por el representante de los reclamantes, ya que por definición el Jurado Provincial no puede actuar en el presente caso al haberse producido la exclusión de las fincas de los reclamantes del procedimiento expropiatorio. Por consiguiente, tan sólo es procedente en este caso que los órganos instructores formulen unilateralmente una propuesta, tomando para ello en cuenta las pruebas presentadas por quien suscribe la reclamación.

Pese a las repetidas ocasiones en que se ha abierto por la propia Administración al representante de los interesados esta posibilidad, en ningún momento se ha aprovechado tal oportunidad, lo que se manifiesta de modo particular al suplicarse en febrero de 1988 que se dicte primero resolución por la que se reconozca la existencia de daños (que en absoluto se han demostrado) y la procedencia de su abono, ordenando después la incoación de un expediente indemnizatorio.

Se olvida, al deducirse tal petición, que el expediente indemnizatorio se inició mediante las instancias presentadas el mes de febrero de 1985, y que es en este expediente, así incoado, donde los reclamantes tenían que haber probado la existencia de los daños y su correspondiente valoración. En efecto, el mecanismo procedimental de la responsabilidad no está concebido en dos fases sucesivas incorporadas a expedientes distintos de modo tal que el primero se tramitará para reconocer los daños y su valoración y luego, en un segundo expediente, se iniciarán unas actuaciones de naturaleza indemnizatoria.

Muy al contrario al expediente indemnizatorio que debe finalizar con el reconocimiento o rechazo de una indemnización es un expediente único en el que, para llegarse a una decisión de tal naturaleza, debe previamente haberse probado la existencia efectiva de los daños susceptibles de reparación económica. No es procedente, por consiguiente, y con carácter general, que una petición de indemnización, máxime si los daños no se han probado, termine con una declaración abstracta de responsabilidad del Estado y, a partir de un acto administrativo de tal naturaleza, reiniciar las actuaciones para cifrar la cuantía de la indemnización.

En consecuencia, por causas que no son imputables a la Administración en el presente expediente, no se han utilizado los mecanismos necesarios para establecer la realidad de las lesiones y para demostrar cuáles son las

indemnizaciones procedentes. Por ello, y teniendo en cuenta que la actuación instructora de la Administración no puede suplir las irregularidades y las omisiones en las que los reclamantes pueden incurrir, en el citado expediente no es posible concluir que existe un derecho al resarcimiento económico por ausencia de demostración de haberse producido una lesión por la actuación de la Administración.

3. *Responsabilidad patrimonial en el caso de vehículos propiedad de los Estados Unidos de América.*

Consulta. "El régimen jurídico de las reclamaciones patrimoniales derivadas de las acciones u omisiones imputables a las Fuerzas de los Estados Unidos de América en España está establecido en el Convenio de Amistad, Defensa y Cooperación entre España y los Estados Unidos de 2 de julio de 1982, que ha sustituído al previsto en el Acuerdo de 24 de enero de 1976 de Desarrollo del Tratado de Amistad y Cooperación entre España y los Estados Unidos de América.

El artículo 9 del referido Convenio Complementario dispone que dichas reclamaciones serán presentadas a la Administración Militar Española y tramitadas según las normas contenidas en el artículo VIII del Convenio sobre el Estatuto de las Fuerzas de la OTAN.

El artículo VIII de este Convenio, hecho en Londres, en 19 de junio de 1951, dispone en su número 5, apartado a), que las reclamaciones por daños serán presentadas, tramitadas y resueltas de acuerdo con las leyes y disposiciones del Estado receptor; y en el apartado e), 1) del propio número 5 establece que los gastos para la satisfacción de reclamaciones serán satisfechos en la proporción de un 25 por 100 a cargo del Estado receptor y un 75 por 100 a cargo del Estado de origen.

Así, pues, con respecto a los daños producidos por las Fuerzas de los Estado Unidos de Norteamérica en España, el importe de los gastos se distribuye en la forma expresada: un 25 por 100 a cargo del Estado Español y un 75 por 100 a cargo de los Estados Unidos; distribución que se realiza en la misma proporción que la prevista en el artículo XXVII, 4, a) del anteriormente ya citado Acuerdo de 24 de enero de 1976 de desarrollo del Tratado de Amistad y Cooperación entre España y los Estados Unidos de América.

En el caso presente se ha dado cumplimiento, en punto a tramitación, a lo prevenido en los preceptos reseñados, habiéndose tramitado la reclamación formulada por Don J., de acuerdo con la legislación española.

En el expediente instruído al efecto ha quedado acreditado la realidad del daño, su imputabilidad a las Fuerzas Aéreas Norteamericanas de la Base Naval de Rota y, finalmente, la cuantía del mismo, cifrada en 12.000 pesetas, tal como ha sido establecida en el oportuno informe del perito designado por la Administación Militar, coincidente con lo solicitado por el perjudicado.

Procede pues estimar la reclamación formulada por Don J., sin perjuicio de dar cumplimiento a cuanto dispone el Convenio aludido en punto a distribución del importe de la reclamación entre ambos Estados." *(Dictamen núm. 51.628, de la 4ª Sección).*

EL C.E.D.I.H (CENTRO DE ESTUDIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMARITARIO)

Andrés SANCHEZ-MARIN y G.
Colaborador del CEDIH

I. INTRODUCCION

España, al igual que el resto de los países de la comunidad internacional que han ratificado los Cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, ha adquirido el compromiso de la enseñanza y difusión a todos los cuerpos de la vida nacional del Derecho Internacional Humanitario Bélico, el viejo y no por ello menos actual, Derecho de la Guerra. Compromiso que sólo muy escasamente se había cumplido. En el plano militar apenas se encontraba atendida esta exigencia de forma organizada y sistemática pues, salvo un centro específico y reducido como es la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, han sido conferencias sueltas dentro de los programas de enseñanza militar de las diferentes Academias y Escuelas la única manifestación palpable. En el plano civil tampoco se hacía consideración de éste compromiso convencional, ya que en los escasos manuales universitarios que hacen mención del Derecho de la Guerra ésta enseñanza se encuentra en el final del temario y muy rara es la ocasión en que se imparte.

II. CREACION DEL CEDIH

El Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario se creó en Madrid el 15 de septiembre de 1984 a iniciativa de una serie de mandos militares y directivos civiles preocupados por la necesidad de impulsar un centro que tuviera como objeto la investigación, el estudio, el desarrollo, la enseñanza, la cooperación y la difusión del Derecho Internacional Humanitario/Derecho de la Guerra (DIH/DG), mediante la realización de Cursillos, Cursos, Seminarios, Mesas Redondas, Conferencias y Reuniones con miembros de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Fuerzas de Seguridad del Estado; miembros y voluntarios de las Asambleas provinciales de Cruz Roja Española (CRE) y personal de su Oficina Central; con el público en general

y, la celebración de encuentros con Instituciones y Organizaciones de carácter y finalidad análogos a la Cruz Roja.

Así se conjugaba la idea de volver a las raíces originales del cometido de la Cruz Roja, Institución que nació para aliviar el sufrimiento de las víctimas de la guerra; con la acción de crear un foro adecuado donde se trabaje sobre los textos en los que se han plasmado sus iniciativas y en los que se reflejan las Leyes y Usos de la Guerra Moderna.

III. Estructura del CEDIH

El Director del CEDIH es el Excmo. Sr. D. José Luis Fernández-Flores, Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, General Consejero Togado y Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado. El Centro cuenta con un Secretaría y los cuerpos administrativos correspondientes coordinados por D. Manual Antón Ayllón, Secretario General del CEDIH, ex-Secretario General de la CRE, ex-Vicepresidente de la CRE y ex-Delegado de la Liga de Sociedades de la CR y la Media Luna Roja (MLR). De él depende, además, la biblioteca del Centro que se amplia y renueva cada día.

El Centro se ha estructurado en tres unidades;

1. Enseñanza y Difusión. Dirigida por el Excmo. Sr. D. Javier Sánchez del Río. General Consejero Togado. Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.
2. Investigación y Estudios. Dirigida por el Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez-Villasante, Coronel auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa.
3. Cooperación. Además cuenta el CEDIH con un cuerpo de profesores y colaboradores, miembros de la vida académica y profesional que prestan sus servicios en los diferentes actos que se convocan.

IV. Plan de enseñanza y difusion del CEDIH

El CEDIH diseñó un Plan de Enseñanza y Difusión específico de acuerdo a las líneas básicas del Plan de Formación de CRE y a las exigencias de la enseñanza militar. Plan que sigue lo recomendado por la Resolución XXI de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del DIH aplicable en los Conflictos Armados; y por el Tercer Programa de Acción del Movimiento Internacional de la CR y MLR para la difusión del DIH y de los Principios e Ideales de la Institución acordado en la XXV Conferencia Internacional de CR, celebrada en el año 1986 en Ginebra (Suiza).

A. ¿A quién se dirige la difusión?

Cada destinatario de la acción de difusión es el ciudadano pero la amplitud de la labor exige distinguir estas prioridades:

- Fuerzas Armadas, responsables, en tiempo de guerra, de la aplicación concreta de las reglas del DIH.
- Dirigentes y voluntarios de la CRE, que son a la vez público y agentes de difusión.
- Círculos gubernamentales, que tienen la doble responsabilidad de dar a conocer y aplicar el DIH.
- Círculos académicos (Universidades y Colegios) y juveniles.
- Círculos médico-sanitarios.
- Medios de comunicación.
- Público en general.

B. ¿Cómo se realiza la difusión?.

El Plan de Enseñanza y Difusión del CEDIH prevé siete caminos:

1. Sesiones Informativas: Sensibilización de los participantes. Una hora y cuarenta y cinco minutos. 60 a 100 participantes.
2. Formación Básica: Exposición sucinta de una serie de Conferencias en un período de siete horas. 40 participantes.
3. Formación Especializada: Desarrollo en extensión del temario. Setenta horas. 40 participantes.
4. Formación Permanente y Reciclaje: Actualizar y perfeccionar los conocimientos adquiridos. Ventiuna horas. 40 participantes.
5. Seminarios: Trabajos de investigación coordinados por un experto. Ventiuna horas. De 10 a 15 personas.
6. Mesas Redondas: Reunión de un grupo de expertos para analizar e intercambiar experiencias sobre cuestiones previamente planteadas. Ventiuna horas. 10 a 12 participantes.
7. Conferencias: Disertar sobre una cuestión concreta. Cuarenta y cinco a sesenta minutos, sin determinación de participantes.

V. La labor ante las Fuerzas Armadas

En el año 1987 cuando comienza una de las principales labores del CEDIH como es la difusión del DIH/DG entre el personal de las FAS, Guardia Civil y demás FSE. Esta difusión se ha concretado en Cursos de varios días de duración en Academias y Escuelas además de otros Seminarios y Conferencias enmarcados dentro del propio ciclo de enseñanza militar, en los que parte de las enseñanzas impartidas se ha referido a los Usos y Leyes de la Guerra terrestre, naval o aérea.

Además de estas sesiones, el CEDIH ha colaborado con la Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa en la aportación militar española a los Cursos Internacionales del Derecho de los Conflictos Armados que se celebran en el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo (Italia), del cual el General Fernández-Flores, Director del CEDIH, es Presidente de la Comisión de Instrucción Militar.

Hasta la fecha el CEDIH ha impartido enseñanzas sobre DIH/DG en

los siguientes centros: Academia de Infantería de Toledo, Academia de Artillería de Segovia, Academia de Intendencia de Avila, Academia de Sanidad Militar de Madrid, Academia de Oficiales de la Guardia Civil de Aranjuez, Academia de Policía de Avila, Escuela de Guerra Naval, Escuela Superior del Ejército, Escuela Militar de Estudios Jurídicos de la Defensa, Dirección General de la Guardia Civil, Colegio de Guardias Jóvenes de la Guardia Civil de Valdemoro, CESEDEN y Brigada de tropas y Operaciones de Socorro de la Asamblea de Cruz Roja de Madrid.

Por su parte, el temario básico impartido; aunque depende de si se ha tratado de cursos, Cursillos o Conferencias; es el siguiente: "El DG: Síntesis y normativa", "Represión de la guerra", "Delimitación de la guerra", "Las acciones hostiles", "Los objetivos militares", "La guerra terrestre", "La guerra marítima", "La guerra aérea", "La guerra civil", "Las guerras impropias", "Sujetos combatientes", "Prisioneros de guerra", "La neutralidad", "Protección de las víctimas de la guerra", "Protección de heridos, enfermos y naúfragos", "Protección de la población civil", "Origen, historia, doctrina, función y estructura de la Cruz Roja Internacional", "El Movimiento Internacional de Cruz Roja", "Sociedades Nacionales de la CR y MLR", y "La CRE".

A los participantes se les proporciona material de trabajo adecuado para seguir el desarrollo de las enseñanzas, material que consiste en Apuntes editados por el CEDIH, que incluyen además de la teoría un buen número de casos prácticos sobre los que aplicar la normativa de las Leyes y Usos de la guerra; el "Manual del Derecho de la Guerra" del Estado Mayor del Ejército; "El Derecho de la Guerra" del General Fernández-Flores; el "Manual de la Cruz Roja Internacional"; "Un Recuerdo de Solferino" de Cruz Roja; y diversos folletos de signos protectores. Al finalizar el Curso, a cada participante se le hace entrega de un Diploma acreditativo de asistencia.

VI. El derecho de guerra naval

Un tema tratado por el CEDIH que por su naturaleza compete a la Armada es el del Derecho de Guerra naval. En colaboración con el Instituto de San Remo se ha organizado en Madrid del 26 al 29 de septiembre de 1988 una "Mesa Redonda Internacional de Expertos en el DIH aplicable a los Conflictos Armados en el Mar". La Mesa estuvo presidida por el profesor Patrnogic, presidente de dicho Instituto; y por el General Fernández-Flores, director del CEDIH, siendo ayudados en su labor por los secretarios-generales de ambas Instituciones, señores Genesio y Antón. Durante las jornadas intervinieron destacados especialistas mundiales en el tema, tales como: Coronel Dahl(Noruega), profesor Dinstein(Israel), Coronel Fenrick(Canadá), Capitán Langdom(Gran Bretaña), profesor Ronzitti(Italia), doctor Van Hegelsom(Holanda), profesor Pérez González(España) y Coronel Rodríguez-Villasante(España).

Los temas tratados, puramente de guerra naval, se refirieron al minado de zonas y puertos, bloqueo, bombardeo naval de costas y puertos, uso de armas de largo alcance y nuevas tecnologías, las llamadas "zonas de exclusión", el uso bélico de zonas marítimas como son la "zona económica exclusiva", el lecho y subsuelo marinos o los estrechos internacionales; zonas neutralizadas; indentificación de buques y aeronaves protegidas, operaciones de baja intensidad, persecución y represión de los delitos contra los Usos y leyes de la guerra naval; protección del medio ambiente marino en las zonas de guerra; y la protección del derecho de libre navegación de los buques de Estados no beligerantes.

VII. El futuro del CEDIH

Entre los proyectos futuros del CEDIH, además de continuar con la labor hasta ahora realizada en el conocimiento y difusión del DIH/DG cabe destacar el compromiso de seguir manteniendo los contactos internacionales de expertos para un mayor desarrollo y ajuste de la materia, especialmente en el DG naval; reuniones que culminarían en el año 1992 con un vasto acontecimiento que paralelo a los actos de conmemoración del V Centenario del Descubrimiento de América, honre la memoria de españoles ilustres que, conocidos como la Escuela Española Clásica del Derecho Natural del siglo XVI (Vitoria, Suárez, Ayala...), han sido considerados por la doctrina como los padres del Derecho Internacional moderno y del "ius in bello".

Otro proyecto que verá la luz en fechas próximas es el de la recopilación en texto español de todas las normas y usos del DG, incluyendo aquellos que en el mundo internacional no llegaron a tener vigencia.

VIII. Conclusion

Se puede observar que mucha ha sido la labor realizada por el CEDIH en sus cuatro años de existencia pero, bien es cierto, también es mucha la labor que queda por hacer en el conocimiento, desarrollo y difusión del DIH/DG; pues ésto significa contribuir a la prevención de las violaciones de las normas humanitarias. En otras palabras: se trata de hacer que cada persona se comporte con humanidad, cualesquiera que sean las circunstancias y el lugar y, de esta manera, contrarestar el escepticismo que algunos manifiestan en cuanto a la aplicación efectiva de las normas humanitarias y de las Leyes y Usos de la guerra moderna en época de conflicto armado. La enseñanza y difusión debe inculcar el rechazo de la violencia y poner fín a la indiferencia ante el sufrimiento. Para que se aplique el derecho de los conflictos armados o DG, es necesario que las nociones indispensables lleguen hasta la base de las fuerzas armadas mediante la instrucción. La actividad militar se lleva a cabo en un medio hostil como es la guerra y la enseñanza

militar del DG debe responder a la pregunta de ¿qué es lo que debe saber el militar?. Evidentemente, la respuesta será distinta dependiendo de que se trate de un soldado o de un comandante. El primero es un mero ejecutante, cumple órdenes y se comporta de manera adecuada en su situación dada; no tiene tiempo para relexionar por lo que durante su período de formación se le debe hacer vivir situaciones concretas y repetir la manera apropiada de actuar hasta que su comportamiento sea instintivamente correcto. En el caso de los jefes y oficiales la situación es bien distinta, están llamados a concebir y planificar operaciones militares y tienen la responsabilidad del respeto del DG en el enunciado de las órdenes dadas a sus subordinados. Para que aplique el DG con soltura es preciso que lo "practique", adquiriendo esta práctica resolviendo problemas diversos del DG introducidos en los ejercicios tácticos que se llevan a cabo en las Academias y Escuelas militares.

Para ello hay que recordar que la contribución militar al nacimiento de la Cruz Roja hace ya 125 años fue considerable, lo mismo que para la elaboración del Derecho de Ginebra, desde 1864 a los Convenios de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. No se trataba únicamente de hombres de buena voluntad, sino de profesionales realistas que veían las concordancias de ese derecho con los objetivos militares a largo plazo.

NOTA SOBRE LOS ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR COMPARADO EN ESPAÑA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO MILITAR INGLES

José Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO
Coronel Auditor

No ha sido nunca escaso el interés que han suscitado en España los estudios de Derecho Militar Comparado. Y ello, quizás, por la gran tradición jurídico-militar existente en nuestra Patria (la figura española del Auditor fue imitar por otros Ejércitos y allí perdura hasta con idénticos distintivos) y porque son especialmente provechosas las aportaciones del Derecho y legislación comparada en lo militar, al existir una comunidad de principios, infracciones y sanciones entre todos los Ejércitos permanentes de nuestra área cultural.

Así, entre los tratadistas militares del siglo XIX eran ya frecuentes las citas de la doctrina y Códigos castrenses extranjeros o las traducciones de estos últimos(1).

No fue ajena a esta labor divulgadora la publicación de la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, tanto en lo que se refiere a aportaciones de los principales juristas MILITARES extranjeros, como a la traducción y publicación de las Leyes o Códigos militares de otros países. Entre los primeros debemos citar, como colaboradores de la REDEM, los nombres de RODI, VEUTRO, VERRI, ERMAN SAHIR, COLOMBO, ROMAN VIDAL, GOMES CARNEIRO, GILISSEN, GRATIEN GARDON y VENDITTI, sin ánimo de ser exhaustivos.

Desde el número 1 al 51, último de los publicados, de la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR se han dado a conocer los Códigos de Justicia Militar o Leyes Penales, Orgánicas o Procesales militares de Alemania Federal , Israel, Marruecos, URSS, Turquía, Cuba, Yugoslavia, Suecia, Rumanía, Zaire, Brasil, USA, Holanda, Nicaragua, Thailandia, Inglaterra, Bélgica, Venezuela, Corea, Italia y Argentina.

(1) En el *"Nuevo Colón o sea tratado de Derecho Militar español de España y de sus Indias"*, Alejandro BACARDI publicaba la traducción del Código Penal de Bélgica de 27 de mayo de 1870. También GROIZARD en su conocida obra *"El Código Penal de 1870, Corcordado y comentado"*, Tomo I, pág. 142 y siguientes, cita preceptos de la legislación militar comparada.

Numerosos juristas españoles han aportado sus conocimientos, análisis o traducciones en materia de Derecho Militar comparado. Sin pretensiones de citar a todos estos autores, debemos destacar los trabajos de RODRIGUEZ DEVESA, EDUARDO DE NO, JIMENEZ JIMENEZ, HERNANDEZ OROZCO, RUBIO TARDIO, PASTOR RIDRUEJO, VAZQUEZ MENDEZ, RUIZ-LARREA, ALVEAR CASANUEVA, BARREDA TREVIÑO, BARBERO SANTOS, PORRES JUAN SENABRE, FERNANDEZ FLORES, BLECUA FRAGA, CARLOS REY, CALDERON SUSIN, EDUARDO MONTULL, VALENCIANO ALMOYNA, GOMEZ CALERO, GARCIA DE SANTOLALLA, ROJAS CARO, GARCIA BALLESTER, MARTINEZ MICO, BRAVO NAVARRO, LOUSTAU FERRAN, PEÑA PEÑA O MILLAN GARRIDO. Este último dirige una Sección de Derecho Penal Militar en la REVISTA GENERAL DE DERECHO que ha enriquecido las aportaciones de derecho y legislación militar extranjera al Derecho español.

No se puede, tampoco silenciar la labor de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército de Tierra hoy, felizmente, Escuela Militar de Estudios Jurídicos de la Defensa, donde se han impartido Cursos para la obtención del *Diploma de Derecho Militar comparado y formado una excelente biblioteca* de textos de Derecho Militar comparado.

En el campo doctrinal ha existido en España una considerable influencia del Derecho Militar italiano a través de las conocidas obras de MANZINI, VICO, CIARDI, LANDI, VEUTRO, STALLACI, VERRI, MALIZIA, SUCATO, VENDITTI o de artículos monográficos en las grandes Enciclopedias o Diccionarios jurídicos italianos. No ha sido tan clara la recepción en España de las aportaciones de la doctrina penal militar francesa(2), alemana o belga(3), pero en cambio es conocida la literatura jurídico-militar de los países Ibero-americanos, tan influídos por el modelo de Código de Justicia Militar español y por la doctrina penal militar italiana(4).

Capítulo aparte merece la ingente labor realizada por la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, a través de su Diez Congresos periódicos celebrados en torno a temas monográficos y mediante la publicación de la importante REVUE DE DROIT PENAL MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE, con relevantes colaboraciones de juristas militares de numerosos países y la edición de números

(2) DOLL, Paul: "*Analyse et commentaire du code de Justice Militaire*", París 1966. Suplemento de 1968. GRATIEN GARDON: "*Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones*", en REDEM nº 8.

(3) John GILISSEN: "*Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones*", y "*Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar*", en REDEM núms. 8, 33 - 34. I. ROGGEN: "*La renovation de la repression disciplinaire militaire en Belgice*", en Revue de Droit Penal et Criminologia. 1971-1972.

(4) Mario Tiburcio GOMEZ CARNEIRO, Carlos J. COLOMBO, Oscar Ricardo SACHERI, ZAFFARONI, CAVALLERO, CALDERON SERRANO, VEJAR VAZQUEZ, ASTROSA HERRERA, ROMAN VIDAL Y ROMAN RODOLFO RIVERA.

extraordinarios dedicados a los "RECUEILS" de los Congresos de la Sociedad(5).

El "Rapport Géneral" correspondiente al Congreso de Ankara, elaborado por John GILINSSEN es fundamental para iniciarse en el estudio del Derecho Militar comparado.

Instrumento decisivo para el progreso del Derecho Militar en todos los países son las Revistas especializadas en la materia. Ya hemos visto la labor realizada por la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR y por la REVUE DE DROIT PENAL MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE THE MILITARY LAW REVIEW (Estados Unidos de Norteamérica), la RASSEGNA DELLE GIUTIZIA MILITARE (Italia), la MILITAIR-RECHTELIJK TIJDSCHRIFT (Holanda), la NEVE ZEITSCHRIFT FUR WEHRRECHT, la REVISTA DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR (Brasil), la ASKERI ADALET DERGISI (Turquía), THE MILITARY CRIMINAL LAW REVIEW (Estados Unidos de Norteamérica) o THE JUDGE ADVOCATE JOURNAL (Estados Unidos de Norteamérica), son algunas de las más relevantes Revistas de Derecho Militar.

La existencia de Escuelas o Centros especializados en la formación de los juristas militares contribuye decisivamente al desarrollo del Derecho castrense y a la recepción del progreso alcanzado en otros países con los que se mantenga asidua relación.

Así, en el número 16 de la Revista de Derecho Militar española, John F. T. Murray describe la organización y funcionamiento de la Escuela del Cuerpo Jurídico del Ejército Norteamericano.

Como más conocidas, destacaremos la labor de la JUDGE ADVOCATE GENERAL'S SCHOLL (la JAGS) en Charlottesville (Virginia, Estados Unidos de Norteamérica) y de la española Escuela de Estudios Jurídicos del Ministerio de Defensa. Finalmente, para terminar esta breve introducción al Derecho Militar comparado, debemos alabar, aún reconociendo algunas de sus limitaciones, el esfuerzo realizado por el Servicio de Estudios del Congreso de los Diputados y la Dirección de Estudios y Documentación del Senado que, con ocasión de los sucesivos proyectos de reforma de Justicia Militar española, han publicado traducciones de textos militares extranjeros en el Boletín de Legislación extranjera(6) y dos tomos del "Derecho Penal Militar", donde han recopilado Códigos y Leyes militares de Alemania, Austria, Francia, Bélgica, Inglaterra, Italia y Suiza(7). Recientemente, debe destacarse la obra del General Jimenez Jimenez ("Introducción al Derecho Penal Militar", 1987) donde se recoge información sobre ochenta países.

(5) El último lleva por título *"Les forces armées dans une societé en mutacion", en Recueils de la Societé Internationale de Droit Penal Militaire et Droit de la Guerre, 1985.*

(6) Boletín de Legislación Extranjera nº 19. Abril 1983. Pública traducción del Código de Justicia Militar de Francia.

(7) *"Derecho Penal Militar"*, documentación preparada para la tramitación de los Proyectos de Ley Orgánica del Código Penal Militar y de modificación del Código Penal en correlación con el Código Penal Militar, Congreso de los Diputados, Documentación nº 31, tomos I y II, Diciembre de 1984.

Pese a todo este panorama del Derecho Militar comparado, debemos afirmar el gran desconocimiento existente en España sobre el Derecho penal militar anglosajón y, particularmente el Derecho militar inglés. Hasta tal punto que puede afirmase que es mejor conocido el Derecho Militar norteamericano, acaso por las relaciones bilaterales derivadas del Tratado de Amistad entre los dos países, que el más cercano Derecho Militar de Gran Bretaña. En efecto, pueden manejarse en España textos, incluso traducidos, del Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos de Norteamérica, el "Manual for Courts-Martial, United States 1984" aprobado por Executive Orden 12473 que entró en vigor el 1 de agosto de 1984, la obra de JOSEPH W. BISHOP "Justicie under fire": a Study of Military Law" (1974), la Voz "DERECHO MILITAR" de BISHOP, JR. en la Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales (Madrid, 1974, tomo 3, pág. 565 y ss.), la documentación procedente de trabajos, visitas o intercambios entre representaciones o Escuelas Jurídicas españolas y norteamericanas o el estudio de Ricardo ALVARADO RAFAEL sobre "La administración de la Justicia en las Fuerzas Armadas de los EE.UU. de América" publicado en el nº 1 de la REDEM.

Sin embargo, son escasísimas las noticias o trabajos publicados en España sobre Derecho Militar inglés. Hay que citar como precedente aislado una parte del estudio de GILDO RODI que lleva por título "Sistema jurídico penal militar en Gran Bretaña(8). Falta, por consiguiente, tanto una traducción de los textos de Derecho militar positivo como de las aportaciones doctrinales más relevantes(9). Constituye una excepción el trabajo de Charles D'OLIVER FARRAN "Organización y procedimiento de los Tribunales Militares británicos", publicado en el nº 2 de la Revista Española de Derecho Militar, de excelente factura.

Afirma BISHOP(10) que los Códigos de Justicia Militar ingleses, desde la Ordenanza de Ricardo I hasta el Código de Justicia Militar de Jacobo II, fueron todos producto de la prerrogativa regia, carecieron de la sanción parlamentaria y, en tiempo de paz, no tenían aplicación legal en el territorio nacional: ni los delitos y penas militares ni los Tribunales castrenses tenían cabida en la "common law". La situación era tal que, según MACAULAY: "El soldado que agredía y hería a un Coronel incurría tan solo en la pena impuesta en casos de ataque con lesiones, mientras que por negarse a obe-

(8) RODI, Gildo: *"La justicia militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la N.A.T.O. y en España y Suiza"*, en Revista Española de Derecho Militar, nº 11, 1961 pág. 111 a 113.

(9) R. HALSE: *"Military Law in the United Kingdom"* Military Law Review, 1962, pág. 1 a 21 D.P. O'CONNELL: *"The Nature of British Military Law", en Military Law Review, 1963, pág. 141 a 146 J. STUART SMITH, en "Evolution actualle de la Justice Militare"*, Recueils de la Societe Internationale de Droit Penal Militaire et Droit de la Guerre, Congreso de ANKARA, Bruselas 1981.

(10) JOSEPH W. BISHOP, JR.: Voz "Derecho Militar" en Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Madrid 1974, tomo 3, pág. 565 y 566.

decer las órdenes de sus superiores, por dormirse durante la guardia o por desertar, no incurría en castigo alguno(11).

Cuando aparecieron los ejércitos permanentes esta situación se hizo insostenible y por ello los autores(12) consideran que la MUTINY ACT promulgada por el Parlamento en 1689 constituye el nacimiento de la justicia militar inglesa, al permitir que los Consejos de Guerra pudieran castigar los delitos de motín, sedición o deserción con la pena de muerte o cualquier otra que se considerase oportuna. Para la organización de estos Tribunales militares se parte de la idea del enjuiciamiento por los pares o iguales ("judgment by his Peers") y estaban integrados generalmente por trece miembros, siendo necesarios al menos nueve votos para una condena a pena de muerte.

Así pues, durante un largo período de casi dos siglos, se aplicó el Código de Justicia Militar casi exclusivamente a las fuerzas estacionadas en el exterior y la Mutiny Act –prorrogada anualmente– para los restantes delitos militares, coexistiendo ambos textos penales y procesales militares hasta que en 1881 ambas jurisdicciones se fundieron en una sola(13).

El sistema inglés de Justicia Militar es, sin duda, el más tradicional. Destaca O'CONELL(14) que el lector del vigente "BRITISH MANUAL OF MILITARY LAW" tiene la impresión que ha cambiado poco el sistema de la Justicia Militar desde el siglo XVIII y, en realidad, el manual sigue basado en un ensayo de TYLER, juez que habría sido Judge Advocate (Auditor) del Ejército inglés, denominando "Military Law and the Practice of Courts Martial" publicado en 1806.

El sistema inglés fue adoptado en el Siglo XVIII por los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo Congreso promulgó en 1775 el Código de Justicia Militar original, que seguía el modelo británico(15). De ahí la importancia del Derecho Militar inglés, cuya influencia se deja sentir en la legislación castrense de numerosos países. Así, las naciones de Africa, del Pacífico o de las Antillas, que habían sido colonias inglesas adoptaron en los años 1960 - 1970, un "ARMY ACT"(16) tomado textualmente del de la Gran Bretaña de 1955.

Debemos ahora preguntarnos por las características generales del Derecho Militar inglés. En ocasión muy reciente, calificaba a las Leyes penales y procesales militares británicas como Códigos complementarios rigurosos por

(11) MACAULAY, Thomas b. (1849-1861) 1963. *"History of England From the Accession of James II"*, 4 volúmenes, New York, Volúmen I, pág. 222.
(12) John GILISSEN: *"Rapport General"* en Recueils de la Societé de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre", Bruselas 1981, ob. cit. pág. 49.
(13) BISHOP: Voz *"Derecho Militar"* ob. cit. pág. 566.
(14) D.P. O'CONELL: *"The Nature of British Military Law"*, en Military Review, nº 19, 1963, Pág. 141.
(15) *"The Army Lawyer: a History of the Judge Advocate General's Corps, 1775 - 1975"*, Washington D.C. Ver también, BISHOP en voz *"Derecho Militar"*, ob. citada pág. 566.
(16) John GILISSEN, *"Rapport General"*en *"Recueils de la Societe de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre"*, ob. citada pág. 47.

razón de la persona, pues estas leyes apenas contienen preceptos de parte general (por lo que se aplica el Derecho Penal común), pero tipifican en su parte especial numerosos delitos de naturaleza común (civil offence), si bien las disposiciones de la Ley militar sólo se aplican a los militares.

GILISSEN(17) a efectos de competencia de la jurisdicción militar, clasifica en cuatro tipos los sistemas existentes en la actualidad: a) Competencia general (U.R.S.S., Países de derecho socialista con tendencia comunista, Bélgica, Países Bajos y Grecia. b) Competencia general eventual (Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Australia, Filipinas y numerosos países pertenecientes al sistema anglo-americano). c) Competencia limitada a las infracciones militares (numerosos países) y d) Competencia únicamente en tiempos de guerra (Alemania, Austria). En este último tipo debo añadir por mi cuenta: Suecia, Francia, Noruega y Dinamarca. Por lo que se refiere a los grandes sistemas de organización judicial militar, distingue GILISSEN: a) el sistema angloamericano, b) el sistema romanista (España, Bélgica, Países Bajos, Grecia, Portugal, Brasil, Colombia, Méjico, Francia, Italia, Suiza y Turquía) y c) el sistema soviético.

En el Reino Unido de la Gran Bretaña, las personas sujetas a la Ley de Disciplina Naval o al Derecho del Ejército o de la Fuerza Aérea están sometidas a las disposiciones de Derecho penal militar contenidas en la Ley del Ejército de Tierra (Army Act) de 1955, Ley de la Fuerza Aérea (Air Force Act) de 1955 y Ley de Disciplina Naval (Naval Discipline Act) de 1957, normas cuyo contenido es prácticamente idéntido después de las modificaciones introducidas por las Leyes de las Fuerzas Armadas (Armed Forces Act) de 1971 y 1976.

Es posible que un civil o no militar sea enjuiciado excepcionalmente por un Consejo de Guerra en determinados delitos, si es personal civil empleado en las fuerzas armadas o que las acompaña formando parte de las mismas. Se trata, propiamente, de un ampliación de la relación de personas sujetas a los Códigos Penales Militares. Ahora bien, éstos no se limitan a castigar delitos militares pues los artículos 70 del Army Act, 70 del Aire Force Act y 42 de la Naval Discipline Act declaran que cualquier militar (o persona sometida a tales Códigos militares) que cometa un delito común (Civil Offence: cualquier acción u omisión que sea punible por el Derecho de Inglaterra) *en el Reino Unido o cualquier otro lugar, es responsable de un delito* contra la Ley de Disciplina militar que le sea de aplicación. Solamente se exceptúan (con técnica similar a las causas de desafuero del Código de Justicia Militar español) determinados delitos comunes (traición, homicidio, homicidio culposo, rapto, genocidio, o delitos relacionados con armas biológicas) cometidos en el Reino Unido. No rige esta excepción en los delitos

(17) Ver GILISSEN, John: *"Evolution actualle de la Justice Militaire"*, en Recueils de la Societé Internationale de Droit Penal Militaire et Droit de la Guerre, Congreso de Ankara, Bruselas, 1981, Volúmen I, Pág. 27 y ss.

comunes cometidos a bordo de buques de guerra, que son juzgados por Consejo de Guerra.

GILDO RODI(18) ha estudiado con acierto el sistema jurídico penal militar en Gran Bretaña, destacando que cada una de las tres Fuerzas Armadas tiene su propia ley penal militar, matizando la ampliación del concepto de persona sometida a la jurisdicción militar, examinando los Organos de enjuiciamiento de la Justicia castrense (Consejos de Guerra Generales y Regionales y Tribunal Marcial de Apelación), su composición y competencia, las relaciones con los Tribunales Ordinarios y el personal al servicio de la Justicia Militar (Servicio Legal del Ejército, Judge Advocate, Oficiales calificados para la acusación o defensa y Ministerio Fiscal).

Pietro VERRI en su conocido Manual(19) dedica también unas páginas al Derecho Militar de la Gran Bretaña. Examina, en primer lugar, las personas sujetas a la jurisdicción militar y los supuestos de delitos comunes que puedan ser juzgados por la misma. Después, estudia la organización judicial militar del Ejército y de la Aviación (Consejos de Guerra Generales y de Distrito, Corte Marcial de Apelación), los aspectos procesales (Finding y Sentence), la revisión de los fallos, la relación con el régimen disciplinario, las personas que intervienen en la Justicia Militar, el derecho de defensa y las garantías del juicio militar.

Para la mayor parte de los autores, el régimen del Derecho Militar inglés, que forma parte del sistema anglo-americano, se caracteriza fundamentalmente por la existencia de Consejos de Guerra y de Auditores (Judge Avocates). Estos forman un cuerpo judicial administrativo de múltiples funciones (Consejero jurídico de los Consejos de Guerra, acusador, defensor, consejo jurídico del mando). En el sistema británico, además, no existe una clara distinción entre infracciones penales y disciplinarias (artículo 69 del Army Act inglés) que, en principio pueden ser corregidas por el Comandante, dejando a salvo siempre el derecho del condenado a ser juzgado por un Consejo de Guerra. Las facultades del Comandante están limitadas por razón del sujeto activo de la infracción, la naturaleza de la misma, la pena y la categoría militar de la Autoridad sancionadora(20).

Quizás el estudio más reciente y completo sobre la Justicia Militar en Gran Bretaña fue el publicado por MAC BRIEN(21), cuya aportación a nivel de artículo de colaboración doctrinal es excelente. La Justicia Militar en Gran Bretaña se refiere tanto al mantenimiento de la disciplina y el buen

(18) RODI, Gildo: *"La justicia Militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la N.A.T.O. y en España y Suiza"*, artículo citado, pág. 111 a 113.
(19) VERRI, Pietro: *"Storia della Giustizia militare e Ordinamenti stranieri attuali"* en Manuale di Diritto e di Procedura penale militare", Milano 1976, pág. 859 a 862.
(20) *"Rapport General"* de John GILISSEN en *"Recueils de la Societé de Droit Penal Militaire et le Droit de la Guerre"*, obra citada, pág. 50 y ss.
(21) E.J.D. Mac BRIEN: *"AN OUTLINE OF BRITISH MILITARY LAW"* (Somera idea de la Justicia Militar en Gran Bretaña), en Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre, Tomo XXII-1-2-1983. Hay traducción del Coronel Auditor de la Armada D. Jaime Chávarri Domecq.

orden en el ejército como al conjunto de cuestiones de índole administrativa. Es fundamental precisar el concepto de delitos militares, que condiciona la competencia de los Tribunales castrenses británicos, afirmar el principio de "cosa juzgada", determinar la competencia para juzgar a un militar que comete un delito común en territorio nacional (con las excepciones para Irlanda del Norte) y estudiar la posibilidad o no de aplicación de la Justicia Militar a los no aforados. La organización de los Tribunales Militares se basa en el Juicio Sumario ante el Comanding Officer, los Consejos de Guerra de Distrito y los Generales.

La característica más acusada de este sistema es la propia composición del Tribunal, que evita la adminstración de una justicia producida "en serie" como a veces sucede en la jurisdicción ordinaria. Una especialidad es la constitución del Tribunal Civil Permanente (The Standing Civilian Court).

Se deben analizar las diferencias sustantivas entre los diversos Tribunales Militares, según sean los inculpados miembros de las FAS o no aforados, dejando constancia de la mayor severidad de las condenas militares. Dos organismos participan de forma activa en la Administración de justicia militar; "Defence Council" y el "Army Board" y se crea en 1951 el más importante eslabón entre la Jurisdicción militar y la ordinaria: La Corte Militar de Apelación.

Destacada importancia tiene, en el Derecho Militar inglés, el "Judge Advocate General", que es consejero legal del Ministerio de Defensa en todos los asuntos de su competencia, y los "Judge Advocate", que forman parte de los Tribunales militares. Finalmente, existe también el "Army Legal Corps" como cuerpo competente para asesorar en todas las matèrias legales, investigar antes del juicio, actuar como defensores o acusadores ante los Tribunales militares.

El desarrollo de la Justicia Militar británica parte de la facultad del Comandante para resolver de forma sumaria determinados asuntos, salvo los casos graves o complejos, existen notables peculiaridades en el sistema de asistencia legal y representación, así como normas elaboradas para regular los derechos de apelación y revisión.

La conclusión de Mac BRIEN es que la administración de justicia en el ámbito militar funciona bien, asegurando un juicio justo al inculpado, a quien se le ofrecen oportunidades de revisión y apelación tras haber sido declarado culpable(22). Tampoco este autor ahorra las críticas que los letrados civiles han formulado con mayor frecuencia al sistema británico de justicia militar: figura del presidente permanente, inexperiencia de los defensores, condenas rigurosas, garantías de defensa y asistencia letrada e insuficiencia de honorarios para los Letrados Civiles.

Finalmente, la obra conocida bajo el título HALBURY'S LAW OF ENGLAND, significa la aportación a la documentación disponible en España del primer texto del Derecho Militar inglés completo (Derecho penal,

(22) Mac BRIEN: *"AN OUTLINE OF BRITISH MILITARY LAW"*, artículo citado.

orgánico y procesal militar británico) que viene a llenar una laguna en los conocimientos del Derecho castrense de aquel país, modelo del sistema anglosajón de la Justicia Militar.

Se trata de un auténtico Tratado ("DISCIPLINA EN LAS FUERZAS ARMADAS"), del Derecho Penal y procesal militar de la Gran Bretaña, que forma parte (HALSBUR'Y LAW OF ENGLAND) de una obra de mayores dimensiones. La denominación de DISCIPLINA Y FUERZAS ARMADAS no debe llevarnos a engaño, pues en Derecho Militar inglés lo penal es también disciplinario, al no existir el deslinde propio del Derecho militar continental. El libro tiene un gran valor práctico y su cuidada redacción, donde sobran muy pocas palabras, es exponente de la gran calidad de los juristas militares anglosajones(23).

La reproducción literal de los artículos y disposiciones de derecho positivo se completa con acertados comentarios, fundiendo docrina y texto legal en una redacción precisa, despojada de todo análisis supérfluo. La abundancia de NOTAS, legales, jurisprudenciales y doctrinales, confiere un extraordinario valor a esta obra, integrando de forma armónica en los preceptos objeto de comentario todo el ordenamiento jurídico inglés de forma pertinente(24).

Sobre el contenido de este Derecho Penal y Procesal Militar británico no es preciso escribir más, pues de su lectura o del simple repaso del índice que encabeza los dos tomos de esta publicación se deduce que todos los temas clásicos del Derecho Militar son abordados y se plantean las fundamentales cuestiones de la Justicia Militar que a todos preocupan. Las soluciones son indudablemente dispares y el sistema en poco se parece al adoptado por los recientes Código Penal Militar (L.O. 13/1985), ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (L.O. 12/1985) o Ley Orgánica de la competencia y organización de la Jurisdicción militar españolas (L.O.4/1987). Sin embargo, existe una cierta unidad en el planteamiento de problemas comunes (que son propios de todos los ejércitos permanentes) y, por ello, resulta importante conocer y asimilar soluciones que podrían dar excelentes resultados en nuestro Derecho español Militar. En estudios recientes me lamentaba de la escasa influencia que los grandes Códigos anglosajones habían tenido, a pesar de todos los esfuerzos, en el nuevo Código Penal Militar español y en la Ley de Régimen Disciplinario, particularmente en las infracciones que atenten contra el honor militar. Comprobamos ahora el rigor con que trata el Derecho penal militar inglés, los bienes jurídicos mili-

(23) Nuevamente debemos citar el artículo de Charles D'OLIVER FARRAN, *"Organización y procedimiento de los Tribunales militares británicos", excelente resumen de la justicia militar inglesa, aún cuando se concreta a los aspectos procesales y orgánicos (Ver REDEM, Nº 2, pág. 69 y ss.).*

(24) Sobre el valor del Derecho Comparado como método de política criminal, sus presupuestos, dificultades e innegables ventajas, ver RODRIGUEZ DEVESA, José María: *"El Derecho Comparado como método de política criminal"*, en Revista Española de Derecho Militar, nº 35, Enero-Junio 1978, pág. 7 y ss.

tares que protege: la defensa nacional, la disciplina, los deberes del servicio, el honor militar, el deber de presencia y otros deberes militares, hasta establecer una claúsula general típica del Derecho anglosajón y militarizar los delitos comunes (con determinadas excepciones) para permitir su enjuiciamiento por los Tribunales Militares, aún cuando fuesen cometidos en territorio nacional.

II. TEXTOS

1. LEGISLACION

«BOE» NUM. 126, DEL DIA 26 DE MAYO DE 1988

MODIFICACION.– Ley Orgánica 3/ 1988 (Jefatura), de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica.

Artículo único

Se introducen en el Código Penal los siguientes preceptos:

Artículo 10, número 15

Se introduce como penúltimo párrafo el siguiente:

La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

Artículo 57 bis, a)

Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo, salvo que tal circunstancia estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal.

Artículo 57 bis, b)

1. En los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a), serán circunstancias cualificadas para la graduación individual de las penas:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo anterior. Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 420, números 1.° y 2.° del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a).

Artículo 98 bis

Los condenados por los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a), podrán obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias de los apartados 1, b) o 2 del artículo 57 bis, b), y hubiesen cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta.

Artículo 174

Se introduce, antes del último párrafo del artículo 174, el siguiente y nuevo número 3.º:

3.º A los promotores y directivos de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes y a quienes dirigieran cualquiera de sus grupos, las de prisión mayor en su grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. A los integrantes de las citadas bandas u organizaciones la de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas.

Artículo 174 bis, a)

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la utilización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.

2. En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.

Artículo 174 bis, b)

El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a menos que por razón del delito cometido corresponda pena mayor. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor.

Artículo 233

Se añade el siguiente párrafo final:

Iguales penas se impondrán a quienes, como integrantes de una banda armada u organización terrorista o rebelde o en colaboración con sus objetivos o actividades atentaren contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales.

DISPOSICION FINAL

Queda derogada la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 25 de mayo de 1988.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

MODIFICACION.– Ley Orgánica 4/ 1988 (Jefatura), de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

Artículo primero

Se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los siguientes preceptos:

Artículo 384 bis

Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión.

Artículo 504 bis

Cuando, en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se hubiere acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, la excarcelación se suspenderá por un período máximo de un mes, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal. Dicha suspensión no se aplicará cuando se hayan agotado en su totalidad los plazos previstos en el artículo 504, y las correspondientes prórrogas, en su caso, para la duración de la situación de prisión provisional.

Artículo 520 bis

1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el Juez

podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

Artículo 553

Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmedata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como el registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.

Artículo 779

Se añade un párrafo tercero del siguiente tenor:

Tercero.– Los delitos a que se refiere el artículo 384 bis.

Artículo segundo

El artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedará redactado en los términos que a continuación se expresan:

Artículo 579

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

DISPOSICION ADICIONAL

Las referencias a la norma de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitu-

ción se entenderán hechas a esta Ley Orgánica.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.

La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial.

Por tanto,
Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 25 de mayo de 1988.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

Ley Orgánica 9 junio 1988, núm. 5/1988 (Jefatura del Estado). CODIGO PENAL. Modificación de los arts. 431 y 432 (delitos de exhibicionismo y provocación sexual) y derogación de los 239 (delito de blasfemia), 566 apartado 5.º (fáltas de imprenta contra la moral, las buenas costumbres o la decencia pública), 567 apartados 1.º y 3.º (faltas de blasfemia y contra la moral, las buenas costumbres o la decencia pública) y 577 apartado 1.º (faltas cometidas por quienes se bañaren faltando a las reglas de decencia o seguridad establecidas por la autoridad).

Artículo primero

1. La rúbrica del Capítulo II del Título IX del Libro II del Código Penal (R. 1973, 2255 y N. Dicc. 10857), quedará redactada en los siguientes términos:

«De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual.»

2. Los artículos 431 y 432 del Código Penal quedarán redactados del siguiente modo:

«Artículo 431.–El que ejecutare o hiciere ejecutar a otro actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de treinta mil a trescientas mil pesetas.

Se impondrá la pena de multa de treinta mil a trescientas mil pesetas al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las acciones previstas en el párrafo anterior ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento. Para proceder por el delito previsto en este párrafo será precisa denuncia de la persona agraviada.»

«Artículo 432.–El que por cualquier medio difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de treinta mil a trescientas mil pesetas.»

Artículo segundo

Quedan sin contenido los artículos 239, 566, apartado 5.º, 567, apartados 1.º y 3.º, y 577, apartado 1.º, del Código Penal (R. 1973, 2255 y N. Dicc. 3458, 12873, 12874 y 12880).

Instrucción 35/88, de 21 de abril, del Subsecretario de Defensa, por la que se dictan normas provisionales para el funcionamiento de los nuevos Organos Jurisdiccionales creados por la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

La presente Instrucción tiene por objeto concretar con carácter urgente y transitorio, aquellas medidas que permitan la constitución inicial de los nuevos Organos Jurisdiccionales, además de asegurar la gestión de todo el personal tanto militar como civil, que vaya a desempeñar funciones en los mismos.

En su virtud dispongo:

Como consecuencia de la asignación de las vacantes anunciadas por la Orden Ministerial 21/88, los Mandos de Personal de los respectivos Cuarteles Generales, adoptarán las oportunas disposiciones en orden a facilitar su cumplimiento.

La documentación de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, cerrada a fecha 15 de mayo de 1988, se remitirá a la Dirección General de Personal, a la mayor brevedad posible, a partir de dicha fecha.

En tanto no se desarrolle reglamentariamente lo previsto en la Disposición Final Segunda de la Ley 6/88, de 5 de abril, la uniformidad de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, será la que tenían en sus Cuerpos de origen.

Con carácter general, los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, seguirán manteniendo los derechos y beneficios asistenciales, culturales y recreativos que tenían en relación con su pertenencia a sus Cuerpos de origen.

Hasta tanto se habiliten en el presupuesto del Ministerio de Defensa los créditos necesarios para hacer frente a los gastos derivados de la nueva organización judicial militar, el personal tanto militar como civil, que pase a prestar servicio en la misma, seguirá percibiendo la totalidad de sus retribuciones a través de las Pagadurías o Habilitaciones de procedencia, y con cargo a los créditos presupuestarios que, en cada caso, corresponda.

Los funcionarios civiles o el personal laboral que, sin prestar servicios actualmente en el Ministerio de Defensa, fuesen destinados a los nuevos Organos Judiciales percibirán sus haberes por la Pagaduría del Organo Central.

El resto del personal, tanto militar como civil, que se vea afectado por la desaparición de los antiguos Organos de la Jurisdicción Militar, seguirá percibiendo sus haberes por las Habilitaciones y Pagadurías que los venía percibiendo.

Madrid, 21 de abril de 1988.

El Subsecretario de Defensa,
GUSTAVO SUAREZ PERTIERRA

MINISTERIO DE DEFENSA

REAL DECRETO 421/1988, de 29 de abril, por el que se determinan los Mandos Militares Superiores a los fines del artículo 111 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio.

El artículo 111 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio («Boletín Oficial del Estado» número 171), de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, estalece que por Real Decreto se determinarán los Mandos Militares Superiores que estarán legitimados para interponer el recurso de casación contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo o libre que recaigan en procedimientos por delitos de que conozcan el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y, en su caso, los Jueces Togados Militares, si el inculpado les está jerárquicamente subordinado o el hecho se ha cometido dentro del territorio de su mando y el inculpado pertenece al mismo Ejército.

El presente Real Decreto da cumplimiento al mandato legal y, al propio tiempo, determina la función de las Asesorías Jurídicas de los referidos Mandos Militares Superiores.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Defensa, con la aprobación del Ministro para las Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 29 de abril de 1988,

DISPONGO:

Artículo 1.° Los Mandos Militares Superiores a que se refiere el artículo 111 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar serán:

1. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa.
2. En el Ejército de Tierra:

a) El Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra.

b) Los Capitanes Generales de Región Militar y de la Zona Militar de Canarias.

c) El Comandante General de Baleares.

3. En la Armada:

a) El Jefe del Estado Mayor de la Armada.

b) Los Capitanes Generales y Comandantes Generales de Zona Marítima.

c) El Almirante de la Flota.

d) El Almirante Jefe de la Jurisdicción Central.

4. En el Ejército del Aire:

a) El Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire.

b) Los Capitanes Generales de Región Aérea.

c) El General Jefe de la Zona Aérea de Canarias.

Art. 2.° 1. Las Asesorías Jurídicas de los Mandos Militares Superiores ejercerán las funciones que les confiere el artículo 113 de la Ley Orgánica 4/

1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y las derivadas de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre («Boletín Oficial del Estado» número 286), de *Régimen Disciplinario de las Fuerzas* Armadas.

2. Además de las funciones que se determinan en el punto anterior, desempeñarán el asesoramiento jurídico de los referidos Mandos Militares Superiores con la dependencia funcional a que se refiere el artículo 17, apartados 2 y 3 del Real Decreto 1/1987, por el que se determina la Estructura orgánica Básica del Ministerio de Defensa («Boletín Oficial del Estado» número 2), de 1 de enero.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en este Real Decreto.

DISPOSICION FINAL

El presente Real Decreto entrará en vigor el 6 de mayo de 1988.

Dado en Madrid a 29 de abril de 1988.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Defensa,
NARCIS SERRA I SERRA

MINISTERIO DE DEFENSA

JURISDICCION MILITAR

ODEN 421/38359/1988, de 6 de mayo, por la que se hace público la nueva división territorial jurisdiccional militar de España.

El artículo 3.º de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, determina que todo órgano judicial, en el ámbito de su competencia, será Juez ordinario predeterminado por la Ley.

La Ley 9/1988, de 22 de abril, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar, ha fijado la nueva división territorial jurisdiccional militar de España.

Al objeto de dar a la misma la difusión y publicidad necesaria, dispongo:

Artículo 1.º Por la presente Orden se hace público la sede de los Tribunales Militares Territoriales y de los Juzgados Togados Militares, señalando la demarcación de éstos, así como el personal del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa que ha pasado a prestar sus servicios en dichos órganos.

Tribunales Militares

Col. Auditor	ROMANI MARTINEZ, DARIO	Central	Secretario Relator
Tcol. Auditor	HIERRO ROLDAN, JULIO ANTONIO		Secretario Relator
Col. Auditor	SAENZ DE SAGASETA DE ILURDOZ, MIGUEL	Terr. 1o.	Auditor Presidente
Tcol. Auditor	ALVAREZ ROLDAN, LUIS BERNARDO	Sec. 1a.	Vocal Togado
Comte. Auditor	MARTIN CARMONA, JOSE MANUEL		Vocal Togado
Comte. Auditor	BELLO GIL, JESUS		Vocal Togado
Cte. Auditor	CALDERON MADRIGAL, SALVADOR		Vocal Togado
Cap. Auditor	MALDONADO RAMOS, JAIME		Secretario Relator
Col. Auditor	GIRGADO DOCE, JOSE CARLOS	Terr. 1o.	Auditor Presidente
Tcol. Auditor	MONTERO LOPEZ, LAZARO	Sec. 2a.	Vocal Togado
Comte. Auditor	MARTINEZ AZNAR, GERMAN		Vocal Togado
Comte. Auditor	CANTERO NUÑEZ, ESTANISLAO		Vocal Togado
Comte. Auditor	MENDEZ RODRIGUEZ, JULIO IGNACIO		Vocal Togado
Cap. Auditor	CAMARA LOPEZ, MIGUEL		Secretario Relator
Col. Auditor	GARCIA PALACIN, ANTONIO	Terr. 2o.	Auditor Presidente
Tcol. Auditor	CORTES ROBLEDO, JOAQUIN		Vocal Togado
Comte. Auditor	RODRIGUEZ SANCHEZ, MIGUEL		Vocal Togado
Comte. Auditor	GARCIA-VALENZUELA BERMUDEZ C., MIGUEL		Vocal Togado
Comte. Auditor	ALONSO DEL OLMO, LUIS ANTONIO		Vocal Togado
Cap. Auditor	SERRANO ALFEREZ, PEDRO		Secretario Relator
Col. Auditor	PEREZ ESTEBAN, FERNANDO	Terr. 3o.	Vocal Togado
Comte. Auditor	BAZACO RUIGOMEZ, MIGUEL ANGEL		Vocal Togado
Comte. Auditor	GARCIA LABAJO, JUAN MANUEL		Vocal Togado
Comte. Auditor	GOMEZ RUIZ, JOSE LUIS		Vocal Togado
Cap. Auditor	ROVIRA DEL CANTO, ENRIQUE		Secretario Relator

Col. Auditor	AREAL ALVAREZ, MANUEL	Terr. 4o.	Auditor Presidente
Tcol. Auditor	DE LA SALA CANO, JOSE MARIA		Vocal Togado
Comte. Auditor	MASIDE MIRANDA, LUIS MIGUEL		Vocal Togado
Comte. Auditor	SOLIS GALERA, JUAN RAMON		Vocal Togado
Comte. Auditor	PEREIRA GONZALEZ, EUGENIO		Vocal Togado
Cap. Auditor	LOSADA ARMADA, RAFAEL		Secretario Relator
Col. Auditor	ARCAS LORITE, LUIS GERARDO	Terr. 5o.	Auditor Presidente
Tcol. Auditor	CARNERO GABARDA, LUIS		Vocal Togado
Comte. Auditor	ALEMAN ARTILES, VIRGILIO		Vocal Togado
Comte. Auditor	LOPEZ-MONTERO VELASCO, JUAN		Vocal Togado
Comte. Auditor	YAGUEZ JIMENEZ, ENRIQUE		Vocal Togado
Cap. Auditor	CATALAN RODRIGUEZ, JOSE		Secretario Relator

Juzg. Tog. Mil.

Col. Auditor	RAMOS GANCEDO, DIEGO ANTONIO	Central No. 1	Juez Togado
Cap. Auditor	BALBONTIN PEREZ, LUIS ALBERTO		Secretario Relator
Col. Auditor	ALIAGA MORELL, JUAN	Central No. 2	Juez Togado
Cap. Auditor	TORRES FERNANDEZ, JOSE LUIS		Secretario Relator
Tcol. Auditor	GARCIA BELDA, ANGEL	Terr. 11	Juez Togado
Tte. Auditor	ALVAREZ ABEILHE, JORGE		Secretario Relator
Cap. Auditor	DIAZ MOLINA, FRANCISCO JAVIER	Terr.12	Juez Togado
Tte. Auditor	EGEA TORRON, DIEGO		Secretario Relator
Cap. Auditor	ZAMARRIEGO FERNANDEZ, ARTURO	Terr. 13	Juez Togado
Tte. Auditor	DE ARANDA Y ANTON, GONZALO		Secretario Relator
Cap. Auditor	LOZANO FERNANDEZ, JOSE LUIS	Terr. 14	Juez Togado
Tte. Auditor	AYUSO TORRES, MIGUEL		Secretario Relator
Cap. Auditor	ALAIZ VILLAFAFILA, CARLOS	Terr. 15	Juez Togado
Tte. Auditor	DIAZ ROCA, RAFAEL		Secretario Relator
Cte. Auditor	PERUCHO FRANCO, MANUEL EUSEBIO	Terr. 16	Juez Togado
Cap. Auditor	TURIEL SANDIN, CARLOS		Secretario Relator
Cap. Auditor	HERNANDEZ MUNTIEL, ARTURO	Terr. 17	Juez Togado
Tte. Auditor	JIMENEZ VARA, JOSE FRANCISCO		Secretario Relator
Cte. Auditor	PIGNATELLI MECA, FERNANDO	Terr. 18	Juez Togado
Cap. Auditor	PEREZ PARDO, VICENTE		Secretario Relator
Cte. Auditor	CALDERON SUSIN, EDUARDO	Terr. 19	Juez Togado
Cap. Auditor	MATA GUERRAS, MIGUEL JOSE		Secretario Relator
Tcol. Auditor	CARRILLO COLMENERO, JOSE	Terr. 21	Juez Togado
Cap. Auditor	SERRANO BARBERAN, ANGEL		Secretario Relator
Cte. Auditor	ESQUIVIAS LOPEZ-CUERVO, ANTONIO	Terr. 22	Juez Togado
Cap. Auditor	ROLDAN NAVARRA, MARCELO		Secretario Relator
Cte. Auditor	FERNANDEZ-PORTILLO OLIVA, JOSE MARIA	Terr. 23	Juez Togado
Cap. Auditor	SALGUERO CONDE, MANUEL MARIA		Secretario Relator
Tcol. Auditor	LINDE LOPEZ, RAFAEL	Terr. 24	Juez Togado
Cap. Auditor	SANCHEZ ROMERO, LUIS MIGUEL		Secretario Relator

Cte. Auditor	MATA TEJADA, FRANCISCO	Terr. 25	Juez Togado
Tte. Auditor	GARCIA MONTERO, ADOLFO LUIS		Secretario Relator
Cte. Auditor	ROSA BENEROSO, ANTONIO MARIA	Terr. 26	Juez Togado
Cap. Auditor	JALDO RUIZ-CABELLO, JOSE ANTONIO		Secretario Relator
Cap. Auditor	ZAMORANO CABO, GONZALO	Terr. 27	Juez Togado
Tte. Auditor	DIAZ CORBERA, FRANCISCO		Secretario Relator
Cap. Auditor	IZQUIERDO GRIMA, RICARDO	Terr. 31	Juez Togado
Tte. Auditor	GUTIERREZ DEL ALAMO DEL A., JOSE M.		Secretario Relator
Tcol. Auditor	FUEMBUENA FERRANDEZ, EDUARDO	Terr. 32	Juez Togado
Cap. Auditor	CASAJUS AGUADO, SANTIAGO		Secretario Relator
Cap. Auditor	ORTIZ HERNANDEZ, JOSE MARIA	Terr. 33	Juez Togado
Tte. Auditor	PASCUAL SARRIA, FRANCISCO LUIS		Secretario Relator
Cte. Auditor	RAMIREZ SINEIRO, JOSE MANUEL	Terr. 41	Juez Togado
Tte. Auditor	FERNANDEZ PEREZ, JOSE ALFREDO		Secretario Relator
Cap. Auditor	MAIZ BARRERA, JOSE LUIS	Terr. 42	Juez Togado
Tte. Auditor	MIGUEL LEON, FRANCISCO JAVIER		Secretario Relator
Tcol. Auditor	HERNANDEZ BARRIOS, JOSE ANTONIO	Terr. 43	Juez Togado
Tte. Auditor	MARTINEZ RODRIGUEZ, JULIO ANGEL		Secretario Relator
Tcol. Auditor	VAZQUEZ MARTIN, FERNANDO	Terr. 44	Juez Togado
Cap. Auditor	CANDIL MUÑOZ, RAMON SANTIAGO		Secretario Relator
Cte. Auditor	GONZALEZ SANTOS, ENRIQUE	Terr. 45	Juez Togado
Cap. Auditor	GALAN CACERES, JULIOS MANUEL		Secretario Relator
Cap. Auditor	FERNANDEZ BENITO, ALFREDO	Terr. 46	Juez Togado
Tte. Auditor	MARTINEZ MONEDERO, LUIS JAVIER		Secretario Relator
Cap. Auditor	DOMINGUEZ BASCOY, JERONIMO	Terr. 51	Juez Togado
Tte. Auditor	GUTIERREZ DEL ALAMO DEL A., RICARDO J.		Secretario Relator
Tcol. Auditor	CELDRAN RUANO, ENRIQUE	Terr. 52	Juez Togado
Cap. Auditor	PARGA PEREZ-MAGDALENA, FERNANDO JOSE		Secretario Relator
Cap. Auditor	CUESTA DEL CASTILLO, RICARDO	Terr. 53	Juez Togado
Cap. Auditor	ORTEGA GUTIERREZ-MATURANA, MARCELO		Secretario Relator

Fiscalia Juridico Militar

Col. Auditor	OLEO CAMARERO, FERNANDO	Fiscalia Togada
Tcol. Auditor	TARODO VINUELA, LINO SANTIAGO	
Cap. Auditor	FORTUN ESQUIFINO, RICARDO	
Cap. Auditor	AYUSO RUIZ-TOLEDO, MARIANO	
Tcol. Auditor	CERVANTES NAFRIA, ISIDORO	Fiscalia Tribunal Mil. Central
Cap. auditor	CARAZO CHICO, ANGEL	
Col. Auditor	GARCIA BALLESTER, PASCUAL	Fiscalia Trib. Terr. Mil. Primero
Tcol. Auditor	RUBIO SANROMAN, PEDRO	
Cap. Auditor	GARCIA GOMEZ, HELIODORO	
Cap. Auditor	GUILLO IZQUIERDO, ANGEL CESAR	

Col. Auditor	ORTIZ HERRERO, FRANCISCO	Fiscalia Trib. Terr. Mil. Segundo
Cte. Auditor	GUTIERREZ DE LA PENA, ANTONIO	
Cpa. Auditor	MELON MUÑOZ, CARLOS	
Tte. Auditor	ROMERO MUROS, JOSE	
Col. Auditor	PUIG DURAN, IGNACIO	Fiscalia Trib. Terr. Mil. Tercero
Cte. Auditor	ORTEA SALAS, JESUS	
Cap. Auditor	CONEJO HEREDIA, JAIME	
Tcol. Auditor	CALVO PRIETO, DAMASO	Fiscalia Trib. Terr. Mil. Cuarto
Cap. Auditor	FERNANDEZ ESTRADA, LUIS	
Tte. Auditor	TURIENZO VEIGA, ANGEL	
Tcol. Auditor	ESPINOSA TRUJILLO, ALBERTO	Fiscalia Trib. Terr. Mil. Quinto
Tte. Auditor	MUÑOZ GARCIA DE LA BORBOLLA, RAFAEL	
Tte. Auditor	PULIDO ORTEGA ANTONIO	

SEDES

TRIBUNAL MILITAR CENTRAL
MADRID
C/ Montalbán, 2

TRIBUNALES MILITARES TERRITORIALES

Territorial Primero
MADRID
Po. Reina Cristina, 7

Territorial Segundo
SEVILLA
Plaza de España, s/n
(Edificio Capitanía General)

Territorial Tercero
BARCELONA
Plaza Portal de la Paz, s/n
(Edificio Gobierno Militar)

Territorial Cuarto
LA CORUÑA
Plaza de la Constitución, s/n
(Edificio Capitanía General)

Territorial Quinto
SANTA CRUZ DE TENERIFE
Avda. 25 de julio, 3

JUZGADOS MILITARES CENTRALES
MADRID
Po. Reina Cristina, 7

NUMERO 24
GRANADA
Plaza de las Descalzas, 1

NUMERO 25
MALAGA
C/ Peinados, s/n
(Cuartel de Segalerva)

NUMERO 26
CEUTA
Po. de la Marina s/n
(Gobierno Militar)

NUMERO 23
SAN FERNANDO (Cádiz)
Po. General Lobo, 1

NUMERO 44
VALLADOLID
C/ Fray Luis de León, 7

NUMERO 45
BURGOS
C/ Vitoria, 63

NUMERO 46
PAMPLONA
C/ General Chinchilla, s/n
(Edificio Gobierno Militar)

NUMERO 27
MELILLA
Plaza de los Algibes, s/n

NUMERO 31
BARCELONA
Plaza Portal de la Pau, s/n
(Gobierno Militar)

NUMERO 32 Y 33
ZARAGOZA

NUMERO 41 Y 42
LA CORUÑA
Plaza de la Constitución, s/n
(Capitaía General)

NUMERO 43
LEON
C/ General Lafuente, 9

JUZGADOS MILITARES TERRITORIALES

NUMERO 11, 12, 13 Y 14
MADRID

NUMERO 15
BADAJOZ
Plaza López de Ayala, s/n
(Edificio Gobierno Militar)

NUMERO 16 Y 17
VALENCIA
C/ Serrano Flores, 6

NUMERO 18
CARTAGENA
Edificio Muralla del Mar

NUMERO 19
PALMA DE MALLORCA
C/ Rambla, 20

NUMERO 21 Y 22
SEVILLA
Plaza de España, s/n
(Edificio Capitanía General)

NUMERO 51
SANTA CRUZ DE TENERIFE
Avda. 25 de julio, 3

NUMERO 52 Y 53
LAS PALMAS
Carretera de Mata, s/n
(Cuartel "de Mata")

FISCALIA TOGADA
MADRID
Po. Castellana, 9

FISCALIA TRIBUNAL MILITAR CENTRAL
MADRID
C. Martín de los Heros, 51

Madrid, 6 de mayo de 1988

SERRA I SERRA

(Del *BOE* número 112, de 10-4-1988)

«BOE» NUM. 181, DEL DIA 29 DE JULIO DE 1988

COSTAS MARITIMAS. REGULACION.– Ley 22/1988, de 28 de julio (Jefatura), de Costas.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. España tiene una gran longitud de costa, aproximadamente 7.880 kilómetros, de los que el 24 por 100 corresponden a playas, con un patrimonio público de unas 13.560 hectáreas, valioso por las grandes posibilidades que ofrece, pero escaso ante las crecientes demandas que soporta, y muy sensible y de difícil recuperación en su equilibrio físico.

Nuestra costa está afectada, como ocurre en otros países del mundo, por un fuerte incremento de la población y la consiguiente intensificación de usos turísticos, agrícola, industrial, de transporte, pesquero y otros.

En efecto, en la orla litoral, de una anchura de unos cinco kilómetros, que significa el 7 por 100 de nuestro territorio, la población española que era a principios del presente siglo del orden del 12 por 100 de la población total, es actualmente alrededor del 35 por 100 de ésta, con una densidad cuatro veces superior a la media nacional. Esta proporción llega a su vez a triplicarse estacionalmente en ciertas zonas por la población turística, ya que el 82 por 100 de ésta se concentra en la costa.

En resumen, puede decirse que se está produciendo un acelerado proceso de tralsado de población desde las zonas interiores hacia el litoral, de forma que alrededor de un 40 por 100 de la costa española ya está urbanizada o tiene la calificación de urbanizable, un 7 por 100 de ella está dedicada a instalaciones portuarias, un 3 por 100, a instalaciones industriales, y un 8 por 100 a usos agrícolas, no teniendo aún el 42 por 100 usos claramente definidos o irreversibles. A esta situación se ha llegado, en general, en actuaciones inconexas, sin la necesaria coordinación entre la legislación del dominio público marítimo y la del suelo, sin tener en cuenta la interacción tierra-mar, ni la necesidad de establecer medidas que garanticen la conservación de estos espacios singularmente sensibles al deterioro, ni los costes externos a la propia acción ni la rentabilidad o valor social del medio.

Diversos son los factores que han incidido negativamente sobre la conservación de este escenario natural, revalorizado por el cambio en las costumbres humanas y por la civilización del ocio como fenómeno de masas. Por una parte, la disminución de los aportes sólidos de los ríos y arroyos ha ocasionado la regresión del 17 por 100 de línea de costa, debido a que por los embalses construídos y las repoblaciones forestales realizadas el 80 por 100 del territorio nacional, que incluye los terrenos abruptos y, por tanto, los principales suministradores de

sedimentos, ya no aporta áridos a aquélla, a lo que hay que añadir en otros casos su reducción por la disminución de caudal, debido a las captaciones de agua. A este olvido de que los áridos son un recurso escaso, con un largo o costoso proceso de renovación, hay que añadir la destrucción de dunas litorales, las extracciones abusivas de áridos y, en muchas ocasiones, la ejecución de obras marítimas sin tener en cuenta sus perjudiciales efectos, con barreras que bloquean el flujo de arena a lo largo de la costa.

Se ha producido además con demasiada frecuencia la desnaturalización de porciones del dominio público litoral, no sólo porque se ha reconocido la propiedad particular, sino también por la *privatización de hecho que ha supuesto* el otorgamiento de determinadas concesiones y la carencia de accesos públicos, con el resultado de que ciertas extensiones de la ribera del mar han quedado injustificadamente sustraídas al disfrute de la colectividad.

Entre los casos más lamentables de degradación física puede citarse la destrucción de los más importantes núcleos generadores de vida en el medio marino, las marismas. Muchos de estos espacios vitales para la producción orgánica y biológica han sido destruidos bajo pretendidos motivos sanitarios, económicos o agrícolas, incluso con subvenciones económicas y exenciones tributarias, habiendo sido dedicados realmente a una edificación especulativa.

La consecuencia del creciente proceso de privatización y depredación, posibilitado por una grave dejación administrativa, han hecho irreconocible, en numerosas zonas, el paisaje litoral de no hace más de treinta años, con un urbanismo nocivo de altas murallas de edificios al mismo borde de la playa o del mar, vías de transporte de gran intensidad de tráfico demasiado próximas a la orilla, y vertidos al mar sin depuración en la mayoría de los casos.

Este doble fenómeno de destrucción y privatización del litoral, que amenza extenderse a toda su longitud, exige de modo apremiante una solución clara e inequívoca, acorde con la naturaleza de estos bienes, y que, con una perspectiva de futuro, tenga como objetivos la defensa de su equilibrio y su progreso físico, la protección y conservación de sus valores y virtualidades naturales y culturales, el aprovechamiento racional de sus recursos, la garatía de su uso y disfrute abierto a todos, con excepciones plenamente justificadas por el interés colectivo y estrictamente limitadas en el tiempo y en el espacio, y con la adopción de las adecuadas medidas de restauración.

II. La insuficiencia de la legislación vigente para la consecuión de los objetivos descritos es tan notoria que resulta superfluo insistir sobre ella. La Ley de Costas de 26 de abril de 1969 se redujo a un esfuerzo codificador de carácter competencial, de asignación de las atribuciones de los diversos Departamentos y Entidades llamados a actuar sobre el dominio público marítimo. La Ley de Protección de las Costas Españolas de 1980 sólo vino a llenar, y de forma no plenamente satisfactoria, una de las importantes lagunas de la anterior, al tipificar las infracciones en esta materia y determinar las correspondientes sanciones, *así como el procedimiento para su* imposición. Pero es obvio que ni la perspectiva competencial ni la sancionadora son, por sí solas, el punto de partida adecuado para una regulación completa de los bienes de dominio público en cuestión.

Más aún, el carácter fragmentario de la legislación vigente obliga a aplicar, como derecho supletorio, disposiciones legales del siglo XIX. De una parte, la legislación sobre puertos, procedente de la de aguas y centrada, como su propia denominación indica, en la construcción y explotación de las infraestructuras portuarias. De otra, la *de obras públicas que, por su carácter* general, desconoce los asuntos específicos del dominio público marítí-

mo-terrestre, está inspirada por una configuración del papel del Estado, hoy claramente desfasada y, comprensiblemente, dada su época, no tiene la preocupación por la conservación de la Naturaleza que es necesaria actualmente ante el número e intensidad de las agresiones producidas.

Y, así, son fallos graves de la vigente legislación, puestos de relieve por los expertos y tratadistas del tema, la escas definición de zona marítimo-terrestre y de playa, que no llega a cubrir la realidad natural; la prevalencia de la posesión particular amparada por el Registro de la Propiedad, con reivindicación a cargo del Estado, y la adquisición privada del dominio público; las servidumbres obsoletas e insuficientes; la ausencia total de medidas de protección en el territorio colindante; la usucapión veintenal como título legitimador del uso; la actitud meramente pasiva de la Administración en el otorgamiento de títulos de ocupación o uso; el tratamiento indiferenciado de autorizaciones y concesiones, y la generalización de éstas, con lo que ello supone de ampliación de los derechos de sus titulares sobre el dominio público; la falta de garantías eficaces para la conservación del medio por parte de los mismos, y el levantamiento de las ocupaciones a costa del Estado; la ausencia de determinaciones y normas conservacionistas del paisaje y del medio; la lentitud del procedimiento sancionador, e incluso la obsolencia de algunas competencias por la nueva organización del Estado.

Ante la simultaneidad de una gran presión de usos y la falta de una legislación adecuada, los hechos evidencian que España es uno de los países del mundo donde la costa, en el aspecto de conservación del medio, está más gravemente amenazada, y hora es ya de poner fin a su grave y progresivo deterioro y a las alteraciones irreversibles de su equilibrio.

La presente Ley viene, además, a cumplir el mandato expreso en nuestra Constitución, que en su artículo 132.2 ha declarado que son bienes de dominio público estatal lo que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Esta es la primera vez en nuestra historia legislativa que por una disposición del máximo rango se clasifican determinados bienes como de dominio público, con la particularidad de que los únicos a los que la Constitución atribuye directamente esa definición pertenecen precisamente al dominio público marítimo-terrestre. Y es evidente que ello ha sido para cortar, de una vez por todas, las anteriores confusiones y actitudes contrarias a la demanialidad de espacios tan importantes.

En esta Ley, referida básicamente a la gestión y conservación de este patrimonio natural, se desarrollan asimismo los principios establecidos en el artículo 45 del texto constitucional y se recogen los criterios contenidos en la Recomendación 29/1973 del Consejo de Europa, sobre protección de zonas costeras, en la Carta del Litoral de 1981 de la Comunidad Económica Europea y en otros planes y programas de la misma.

En este contexto, en modo alguno se puede considerar a la presente Ley como una mera reforma de la actual. Se trata, en rigor, de una Ley nueva, con una concepción distinta de la regulación del dominio público marítimo-terrestre, sin perjuicio de lo que para materias concretas se establezca en las correspondientes leyes especiales a las que ésta se remite. No obstante su mayor ámbito, la Ley dedica su principal atención a la costa o litoral, que es donde se plantean los mayores problemas. De ahí su denominación.

La Ley es, pues, en muchos puntos, profundamente innovadora. Se han recogido las enseñanzas de nuestra propia experiencia y la de países con problemas análogos al nuestro. En algunos casos la innovación consiste en restaurar en toda su pureza principios de hondo arraigo en nuestro Derecho histórico

pero que habían quedado debilitados en su aplicación. En otros casos, en cambio, se incorporan preceptos y técnicas de nuevo cuño, con los que se trata de dar solución a los problemas derivados de la congestión y degradación del litoral a que antes se ha hecho referencia.

III. Quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley los puertos de interés general, que, aun formando para de los bienes de dominio público marítimo-terrestre de titularidad estatal, continuarán rigiéndose por su legislación específica, en atención a la sustantividad y peculiaridades de estas grandes obras públicas. Tampoco se regulan, por no ser competencia del Estado, los puertos de titularidad de las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. Ahora bien, como la construcción o ampliación de los puertos de competencia autonómica requiere la ocupación de una parte de los bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal de los regulados en la presente Ley, ha parecido oportuno establecer en ella el régimen de adscripción de dichos bienes a las Comunidades Autónomas, siguiendo la pauta marcada por los Decretos de traspaso de servicios en materia de puertos, que ahora se aplica no sólo a las obras específicamente portuarias de las Comunidades Autónomas, sino también a la construcción de vías de transporte de la competencia de aquéllas que, por su configuración, requieran la ocupación del dominio marítimo-terrestre estatal.

IV. En las cuestiones de dominio, además de definir la ribera del mar de forma más acorde con su realidad natural, se vuelve a los orígenes de nuestra tradición, recogida en el Derecho romano y medieval, al reafirmar la calificación del mar y su ribera como patrimonio colectivo, siguiendo el mandato constitucional, en concordancia con el artículo 339.1 del Código Civil. La Ley cierra el paréntesis de signo privatizador que inició la Ley de Aguas de 1866, con un equívoco respecto a los derechos legítimamente adquiridos, que no deberían ser otros que los concesionales, continuado por las Leyes de Puertos de 1880 y 1928, así como por la Ley de Costas de 1969, a pesar de los graves problemas que ya existían en esta época y de la postura contraria y prácticamente unánime de la doctrina. La presente Ley establece la prevalencia de la publicidad de este dominio natural, y posibilita además su inscripción registral, arbitrándose también otras medidas para coordinar la actuación de las Administración y el Registro de la Propiedad, con el fin de evitar los perjuicios ocasionados por su inexistencia. De este modo, se excluye la posibilidad de consolidar la apropiación por particulares de terrenos de dominio público.

En esta línea, se ha considerado conveniente eliminar la posibilidad de adquirir la propiedad de los terrenos ganados al mar o de cualquier otra porción del dominio público como consecuencia de la realización de obras, ya que estas actuaciones proporcionan frecuentemente cobertura a operaciones de especulación inmobiliaria, y en todo caso van en detrimento del dominio público. Con la derogación además de la Ley de 1918 sobre Paseos Marítimos y derogada ya, por la nueva Ley de Aguas, la de Desecación y Saneamiento de Marismas, de aquella misma fecha, la presente Ley se propone justamente lo contrario; no sólo mantener en este dominio público los espacios que reúnen las características naturales del medio, sino además establecer mecanismos que favorezcan la incorporación de terrenos al dominio público, ampliando la estrecha franja costera que actualmente tiene esta calificiación demanial.

A este respecto, conviene destacar también que la denominación de dominio marítimo-terrestre, utilizada en esta Ley, se considera más adecuada que la hasta ahora empleada de marítimo, precisamente porque pone de relieve la existencia y necesidad de un espacio terrestre complementario de aquél, para cuya denominación genérica se vuelve

a utilizar la expresión tradicional de ribera del mar.

En resumen, se han desarrollado los principos del artículo 132.1 de la Constitución sobre la imprescriptibilidad e inalienabilidad del dominio público, con la facultad administrativa de su reintegro posesorio de oficio, cualquiera que sea el tiempo transcurrido.

De especial novedad e interés, porque el tiempo actúa en contra de la conservación de los espacios naturales y a favor de la extensión de las áreas urbanas, es el título dedicado a la protección del dominio público marítimo-terrestre. Este título establece, como es tradicional en la legislación española reguladora de bienes de dominio público, una serie de limitaciones a la propiedad de los terrenos colindantes, que tienen el carácter de regulación mínima y complementaria de la que dicten las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, por lo que la presente Ley se contrae a la definición de las condiciones básicas para el ejercicio de ese derecho en los mencionados terrenos y trata de asegurar la efectividad del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, así como el deber de conservarlo, siguiendo pautas ya establecidas en otros países europeos y también en el nuestro en relación a los terrenos colindantes con otros bienes de dominio público. La mayor parte de esas limitaciones venían ya establecidas por la legislación hasta ahora vigente, pero la nueva Ley, en coherencia con sus objetivos de conservación de la integridad del dominio público, configura la vieja servidumbre de salvamento, obsoleta en cuanto a la finalidad específica que indica su denominación, como una servidumbre de protección del citado dominio, que comporta la prohibición general de determinadas actividades y, sobre todo, construcciones, consideradas perjudiciales para la adecuada protección de un medio natural tan sensible, como la experiencia ha puesto de relieve. En efecto, la garantía de la conservación de dominio público marítimo-terrestre no puede obtenerse sólo mediante una acción eficaz sobre la estrecha franja que tiene esa calificación jurídica, sino que resulta también imprescindible la actuación sobre la franja privada colindante, para evitar que la interrupción del transporte eólico de los áridos y el cierre de las perspectivas visuales para la construcción de edificaciones en pantalla, la propia sombra que proyectan los edificios sobre la ribera del mar, el vertido incontrolado y, en general, la incidencia negativa de la presión edificatoria y de los usos y actividades que ella genera sobre el medio natural puedan causar daños irreparables o de muy difícil y costosa reparación. La anchura de esta zona de servidumbre de protección ha de ser, lógicamente, convencional, si bien debe fijarse conjugando con carácter general una profundidad de 100 metros, si bien en las zonas ya urbanizadas se mantiene la anchura de 20 metros de la anterior servidumbre de salvamento, como se indicará más adelante al comentar el régimen transitorio. Estas dimensiones están entre las menores que recoge el derecho comparado.

Sin el carácter estricto de servidumbre, se define también una zona de influencia, en la que se marcan determinadas pautas dirigidas al planificador con objeto de evitar la formación de pantallas arquitectónicas en el borde de la zona de servidumbre de protección, o que se acumulen en dicho espacio eventuales compensaciones que puedan considerarse convenientes o útiles en la ordenación urbanística, lo que implica la ventaja añadida de reanimar económicamente una franja más amplia de terrenos. Todo ello sin perjuicio de las medidas adicionales de protección que promulguen las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente, así como de las que adopten las citadas Comunidades y los Ayuntamientos en ejercicio de sus competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

Asimismo se actualiza la denomina-

ción y el régimen de la anterior servidumbre de vigilancia, sustituyéndola por la de tránsido público, y se mantiene la de paso o acceso al mar, previendo la existencia de los necesarios para garantizar el uso público del mar y su ribera. Como novedad significativa debe mencionarse la limitación de extracciones de áridos en los tramos finales de los cauces, que trata de paliar la grave situación producida por la disminución de aportaciones de áridos a la costa, obligando a soluciones alternativas para la continuidad de su aprovisionamiento, así como otorgando a la Ad*ministración derecho preferente para* la explotación, a este fin, de yacimientos de áridos.

Con respecto a la utilización de dominio público marítimo-terrestre, se establece una regulación eficaz de los diferentes usos, que incluye, tanto el uso común natural, libre y gratuito, como el uso especial, objeto de autorización, que abarca los casos de intensidad, peligrosidad, rentabilidad y las instalaciones desmontables, y las ocupaciones con obras fijas, objeto de concesión.

Con mayor motivo que en la zona afectada por la servidumbre de protección, se impide el privilegio que significaría la ocupación del dominio público por parte de aquellas actividades cuyo emplazamiento en el mismo no sea necesario; se faculta a la Adminsitración para convocar concursos para el otorgamiento de las autorizaciones y concesio*nes que considere de especial interés*, abandonando así su papel meramente pasivo y se reduce el plazo máximo de otorgamiento desde 99 a 30 años, suficiente para la amortización de cualquier isntalación.

El régimen de financiación de las obras y actuaciones se establece en términos flexibles que contemplan la posibilidad de que se formalicen convenios en los que se detallará la aportación de las Entidades interesadas en los supuestos de financiación compartida. La Ley regula los cánones y tasas exigibles como equitativa contraprestación por el derecho a la ocupación del dominio público otorgado por la Administración, así como las indemnizaciones por rescate.

En materia de infracciones y sanciones, se han regulado con mayor concreción cirterios ya contenidos, en la Ley de Protección de Costas de 1980, introduciendo una simplificación en los trámites del procedimiento sancionador y diversas medidas prácticas que hacen frente a actitudes de menosprecio a las normas jurídicas, con una mayor celeridad y eficacia en la respuesta a las *infracciones, sin menoscabo de las* garantías de los presuntos infractores. Importante novedad es el reconocimiento de la acción pública para facilitar la colaboración de todos en la observación de los preceptos de la Ley y de las disposiciones que la desarrollen y complementen.

El útlimo título de la Ley trata de las competencias administrativas. En él se detallan sólo las que corresponden a la Administración del Estado y a los Municipios, mientras que las propias de las Comunidades Autónomas son objeto de una mención genérica, remitiendo su alcance y contenido a lo establecido en los respectivos Estatutos. En cuanto a las competencias de la Administración del Estado ha parecido conveniente dejar al desarrollo reglamentario la concreción de los Departamentos y Organismos que deben ejercerlas en cada caso, ya que de otro modo hubiera sido *necesario entrar en un grado de detalle* impropio de un texto legal y, además, inoportuno por las modificaciones a que está sujeta la organización administrativa. Todo ello sin perjuicio de mantener inalterada la atribución de competencias realizada por otras leyes específicas en materias relacionadas con el objeto de la presente. En todo caso y habida cuenta de la concurrencia de competencias que se produce sobre el espacio litoral, se ha procurado favorecer la coordinación con los instrumentos de ordenación territorial y

urbanistica mediante un sistema de consultas e informes recíprocos, que, siguiendo esquemas ya diseñados en la normativa vigente, salva las competencias de las respectivas Entidades y permite su articulación en un marco de colaboración.

Finalmente se establece un cuidadoso régimen transitorio que permita la adaptación de las situaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley a la nueva regulación contenida en la misma.

En el marco del respeto general a los derechos legalmente adquiridos, el criterio básico que se utiliza consiste en establecer la plena aplicabilidad de las disposiciones de la ley sobre la zona de servidumbre de protección y de influencia únicamente a los tramos de costa que todavía no están urbanizados y en el que los propietarios del suelo no tienen un derecho de aprovechamiento consolidado conforme a la legislación urbanística. En cambio, en las zonas urbanas o urbanizables, en las que sí se han consolidado tales derechos de aprovechamiento, no se aplican las determinaciones sobre la zona de influencia y la anchura de la servidumbre de protección se limita a 20 metros, es decir, la misma extensión que correspondía a la servidumbre de salvamento según la legislación de Costas que ahora se deroga. Con los criterios de la nueva Ley se evita, por una parte, la incidencia sobre derechos adquiridos en términos que pudieran originar una carga indemnizatoria que gravitaría fundamentalmente sobre la Administración Urbanística y, por otra parte, se excluye también la necesidad de afrontar un proceso de revisión del planeamiento que introduciría un factor de inseguridad en las expectativas de edificación.

En este contexto, se regula con precisión la situación de las edificaciones existentes que resulten incompatibles con las disposiciones de la nueva Ley. Si se construyeron ilegalmente, se abre la posibilidad de legalizarlas, cuando sea posible por razones de interés público. Si se construyeron legalmente, se respetan los derechos adquiridos, atemperando la situación de la obra a la naturaleza del terreno en que se emplaza. Si está en el dominio público, se mantiene la concesión hasta su vencimiento; si está en la zona de servidumbre de tránsito, queda fuera de ordenación con las consecuencias previstas en la actual legislación urbanística; por último, si está en el resto de la zona de servidumbre de protección, se permiten obras de reparación y mejora de cualquier tipo, siempre que lógicamente, no supongan aumento de volumen de las ya existentes.

V. Estos son, en síntesis, los motivos que justifican la promulgación de la presente Ley, para afrontar los graves problemas que hoy afectan a las costas españolas, como instrumento indispensable para que este patrimonio colectivo especialmente valioso como espacio natural de libertad sea preservado para el uso y disfrute de todos los ciudadanos. Es responsabilidad ineludible del legislador de esta hora proteger la integridad de estos bienes, conservarlos como propiedad de todos y legarlos en esta condición a las generaciones futuras.

Por encima de los intereses contrapuestos que confluyen en muchas ocasiones sobre el dominio público marítimo-terrestre, un doble propósito se alza como la idea cardinal de esta Ley: garantizar su carácter público y conservar sus características naturales conciliando las exigencias de desarrollo con los imperativos de protección, y derogando cuantas normas legales se opongan a dicho propósito.

TITULO PRELIMINAR

Objeto y finalidades de la Ley

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto la determinación, protección, utilización y policía del dominio

público marítimo-terrestre y especialmente de la ribera del mar.

Artículo 2. La actuación administrativa sobre el dominio público marítimo-terrestre perseguirá los siguientes fines:

a) Determinar el dominio público marítimo-terrestre y asegurar su integridad y adecuada conservación, adoptando, en su caso, las medidas de protección y restauración necesarias.

b) Garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo-terrestre, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas.

c) Regular la utilización racional de estos bienes en términos acordes con su naturaleza, sus fines y con el respeto al paisaje, al medio ambiente y al patrimonio histórico.

d) Conseguir y mantener un adecuado nivel de calidad de las aguas y de la ribera del mar.

TITULO PRIMERO

Bienes de dominio público marítimo-terrestre

CAPITULO PRIMERO

Clasificación y definiciones

Artículo 3. Son bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución:

1. La ribera del mar y de las rías, que incluye:

a) La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos o, cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas.

Se consideran incluidas en esta zona las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar.

b) Las playas o zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, tengan o no vegetación, formadas por la acción del mar o del viento marino, u otras causas naturales o artificiales.

2. El mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo, definidos y regulados por su legislación específica.

3. Los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica.

Artículo 4. Pertenecen asimismo al dominio marítimo-terrestre estatal:

1. Las accesiones a la ribera del mar por depósito de materiales o por retirada del mar, cualesquiera que sean las causas.

2. Los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras, y los desecados en su ribera.

3. Los terrenos invadidos por el mar que pasen a formar parte de su lecho por cualquier causa.

4. Los acantilados sensiblemente verticales, que estén en contacto con el mar o con espacios de dominio público marítimo-terrestre, hasta su coronación.

5. Los terrenos deslindados como dominio público que por cualquier causa han perdido sus características naturales de playa, acantilado, o zona marítimo-terrestre, salvo lo previsto en el artículo 18.

6. Los islotes en aguas interiores y mar territorial.

7. Los terrenos incorporados por los concesionarios para completar la superficie de una concesión de dominio público marítimo-terrestre que les haya sido otorgada, cuando así se establezca en las cláusulas de la concesión.

8. Los terrenos colindantes con la ribera del mar que se adquieran para su incorporación al dominio público marítimo-terrestre.

9. Las obras e instalaciones construídas por el Estado en dicho dominio.

10. Las obras e instalaciones de iluminación de costas y señalización marítima, construidas por el Estado cualquiera que sea su localización, así como los terrenos afectados al servicio de las mismas, salvo lo previsto en el artículo 18.

11. Los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal, que se regularán por su legislación específica.

Artículo 5. Son también de dominio público estatal las islas que estén formadas o se formen por causas naturales, en el mar territorial o en aguas interiores o en los ríos hasta donde se hagan sensibles las mareas, salvo las que sean de propiedad privada de particulares o entidades públicas o procedan de la desmembración de ésta, en cuyo caso serán de dominio público su zona marítimo-terrestre, playas y demás bienes que tengan este carácter, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 4.

Artículo 6. 1. Los propietarios de los terrenos amenazados por la invasión del mar o de las arenas de las playas, por causas naturales o artificiales, podrán construir obras de defensa, previa autorización o concesión, siempre que no ocupen playa ni produzcan fenómenos perjudiciales en ésta o en la zona marítimo-terrestre, ni menoscaben las limitaciones y servidumbres legales correspondientes.

2. En otro caso, los terrenos invadidos pasarán a formar parte del dominio público marítimo-terrestre, según resulte del correspondiente deslinde.

CAPITULO II

Indisponibilidad

Artículo 7. Conforme a lo dispuesto en el artículo 132.1 de la Constitución, los bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en esta Ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Artículo 8. A los efectos del artículo anterior, no se admitirán más derechos que los de uso y aprovechamiento adquiridos de acuerdo con la presente Ley, careciendo de todo valor obstativo frente al dominio público las detentaciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad.

Artículo 9. 1. No podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 49.

2. Serán nulos de plenos derechos los actos administrativos que infrinjan lo dispuesto en el apartado anterior. Los actos particulares en fraude del mencionado precepto no impedirán la debida aplicaciónn del mismo.

Artículo 10. 1. La Administración del Estado tiene el derecho y el deber de investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman pertenecientes al dominio público marítimo, terrestre, a cuyo efecto podrá recabar todos los datos e informes que considere necesarios y promover la práctica del correspondiente deslinde.

2. Asimismo tendrá la facultad de recuperación posesoria, de oficio y en cualquier tiempo sobre dichos bienes, según el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

3. No se admitirán interdictos contra

las resoluciones dictadas por la Administración del Estado en ejercicio de las competencias configuradas en la presente Ley y de acuerdo con el procedimiento establecido.

CAPITULO III

Deslindes

Artículo 11. Para la determinación del dominio público marítimo-terrestre se practicarán por la Administración del Estado los oportunos deslindes, ateniéndose a las características de los bienes que lo integran conforme a lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 de la presente Ley.

Artículo 12. 1. El deslinde se incoará de oficio o a petición de cualquier persona interesada, y será aprobado por la Administración del Estado.

2. En el procedimiento serán oídos la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento correspondiente, los propietarios colindantes, previa notificación, y demás personas que acrediten la condición de interesados.

3. La incoación del expediente de deslinde facultará a la Administración del Estado para realizar o autorizar, incluso en terreno privado, trabajos de toma de datos y apeos necesarios, sin perjuicio de las indemenizaciones que sean procedentes por los daños y perjuicios causados y a resultas del deslinde que se apruebe definitivamente.

4. Cuando los interesados en el expediente aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite el expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique anotación marginal preventitva de esa circunstancia.

5. La providencia de incoación del expediente de deslinde implicará la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre y en su zona de servidumbre de protección, a cuyo efecto deberá publicarse acompañada de plano en que se delimite provisionalmente la superficie estimada de aquél y de ésta. La resolución del expediente de deslinde llevará implícito el levantamiento de la suspensión.

6. Cuando por cualquier causa se altere la configuración del dominio público marítimo-terrestre, se incoará expediente de deslinde o de modificación del existente, con los efectos previstos en los apartados anteriores.

7. No obstante, podrán realizarse, previa autorización de la Administración del Estado o por ésta, obras de emergencia para prevenir o reparar daños.

Artículo 13. 1. El deslinde aprobado, al constatar la existencia de las características físicas relacionadas en los artículos 3, 4 y 5, declara la posesión y la titutlaridad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados.

2. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso los titulares inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial.

Artículo 14. Las acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado prescriben a los cinco años, computados a partir de la fecha de la aprobación del deslinde.

Artículo 15. 1. Cuando se trate de inmatricular en el Registro de la Propiedad fincas situadas en la zona de servidumbre de protección a que se refiere el artículo 23, en la descripción de aquéllas se precisará si lindan o no con el dominio público marítimo-terrestre. En caso afirmativo no podrá practicarse la inmatriculación si no se acompaña al título la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público.

2. Si en la descripción de la fina se expresa que no linda con el dominio público marítimo-terrestre o no se hace declaración alguna a este respecto, el Registrador requerirá al interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado al efecto por la Administración del Estado. Si de dicha identificación resultase la no colindancia, el Registrador practicará la inscripción haciendo constar en ella ese extremo.

Si a pesar de esa identificación o por no poder llevarse a efecto, el Registrador sospechase una posible invasión del dominio público marítimo-terrestre, pondrá en conocimiento de la Administración del Estado la solicitud de inscripción, dejándola entre tanto en suspenso hasta que aquélla expida certificación favorable.

3. Transcurridos treinta días desde la petición de oficio de la certificación a que se refiere el apartado anterior sin que se haya recibido contestación, podrá procederse a la inscripción.

4. Si no estuviese aprobado el deslinde, se iniciará el correspondiente procedimiento, a costa del interesado, dentro de un plazo que no podrá ser superior a tres meses desde la correspondiente solicitud, quedando entre tanto en supuesto la inscripción solicitada.

Artículo 16. 1. Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a las inscripciones de excesos de cabida, salvo que se trate de fincas de linderos fijos o de tal naturaleza que excluyan la posibilidad de invasión del dominio público marítimo-terrestre.

2. Siempre que el título registral contenga la indicación de que la finca linda con el mar, la colindancia se se entenderá referida al límite interior de la ribera del mar, incluso en los casos de exceso de cabida.

CAPITULO IV

Afectación y desafectación

Artículo 17. Los terrenos del Patrimonio del Estado colindantes con el dominio público marítimo-terrestre o emplazados en su zona de influencia, que resulten necesarios para la protección o utilización de dicho dominio, serán afectados al uso propio del mismo, en la forma prevista en la legislación del Patrimonio del Estado. No se podrá proceder a su enajenación sin previa declaración de innecesariedad a los mencionados efectos.

Artículo 18. 1. Sólo podrá procederse a la desafectación de terrenos en el supuesto de los apartados 5 y 10 del artículo 4, previo informe preceptivo del Ayuntamiento y de la Comunidad Autónoma afectados y previa declaración de innecesariedad a los efectos previstos en el artículo anterior.

2. La desafectación deberá ser expresada y antes de proceder a ella habrán de practicarse los correspondiente deslindes.

Artículo 19. Los terrenos desafectados conforme a lo previsto en el artículo anterior se incorporarán al Patrimonio del Estado. Cuando no se juzgue previsible su afectación, podrán ser cedidos gratuitamente al Municipio o a la Comunidad Autónoma, condicionándose la cesión a que se destinen a finalidades de uso o servicio público de la competencia de aquéllos.

TITULO II

Limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre

CAPITULO PRIMERO

Objetivos y disposiciones generales

Artículo 20. La protección del dominio público marítimo-terrestre comprende la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado; la preservación de sus características y elementos naturales y la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones, en los términos de la presente Ley.

Artículo 21. 1. A efectos de lo previsto en el artículo anterior, los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre estarán sujetos a las limitaciones y servidumbres que se determinan en el presente título, prevaleciendo sobre la interposición de cualquier acción. Las servidumbres serán imprescriptibles en todo caso.

2. Se exceptúan de esta sujeción los terrenos expresamente declarados de interés para la seguridad y la defensa nacional, conforme a su legislación específica.

3. Las disposiciones de este título tienen el carácter de regulación mínima y complementaria de las que dicten las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

Artículo 22. 1. La Administración del Estado dictará normas para la protección de determinados tramos de costa, en desarrollo de lo previsto en los artículos 23.2, 25, 26.1, 27.2, 28.1 y 29 de esta Ley.

2. Antes de la probación definitiva de las normas a que se refiere el apartado anterior, se someterán a informe de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos a cuyo territorio afecten, para que los mismos puedan formular las objeciones que deriven de sus instrumentos de ordenación aprobados o en tramitación. Cuando se observen discrepancias sustanciales entre el contenido de las normas proyectadas y las objeciones formuladas por las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, se abrirá un período de consulta entre las tres Administraciones para resolver de común acuerdo las diferencias manifestadas.

CAPITULO II

Servidumbres legales

SECCION 1.ª SERVIDUMBRE DE PROTECCION

Artículo 23. 1. La servidumbre de protección recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar.

2. La extensión de esta zona podrá ser ampliada por la Administración del Estado, de acuerdo con la de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento correspondiente, hasta un máximo de otros 100 metros, cuando sea necesaria para asegurar la efectividad de la servidumbre, en atención a las perculiaridades del tramo de costa de que se trate.

Artículo 24. 1. En los terrenos comprendidos en esta zona se podrán realizar sin necesidad de autorización cultivos y plantaciones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 27.

2. En los primeros 20 metros de esta zona se podrán depositar temporalmente objetos o materiales arrojados por el mar y realizar operaciones de salvamento marítimo; no podrán llevarse a cabo cerramientos, salvo en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

Los daños que se ocasionen por las ocupaciones a que se refiere el párrafo anterior serán objeto de indemnización según lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa.

Artículo 25. 1. En la zona de servidumbre de protección estarán prohibidos:

a) Las edificaciones destinadas a residencia o habitación.

b) La construcción o modificación de vías de transporte interurbanas y las de intensidad de tráfico superior a la que se determine reglamentariamente, así como de sus áreas de servicio.

c) Las actividades que impliquen la destrucción de yacimientos de áridos.

d) El tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión.

e) El vertido de residuos sólidos, escombros y aguas residuales sin depuración.

f) La publicidad a través de carteles o vallas o por medios acústicos o audiovisuales.

2. Con carácter ordinario, sólo se permitirán en esta zona, las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas. En todo caso, la ejecución de terraplenes, desmontes o tala de árboles deberán cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente para garantizar la protección del dominio público.

3. Excepcionalmente y por razones de utilidad pública debidamente acreditadas, el Consejo de Ministros podrá autorizar las actividades e instalaciones a que se refieren las letras b) y d) del apartado 1 de este artículo. En la misma forma podrán ser autorizadas las edificaciones a que se refiere la letra a) y las instalaciones industriales en las que no concurran los requisitos del apartado 2, que sean de excepcional importancia y que, por razones económicas justificadas, sea conveniente su ubicación en el litoral, siempre que, en ambos casos, se localicen en zonas de servidumbre correspondientes a tramos de costa que no constituyan playa, ni zonas húmedas u otros ámbitos de especial protección. Las actuaciones que se autoricen conforme a lo previsto en este apartado deberán acomodarse al planeamiento urbanístico que se apruebe por las Administraciones competentes.

Artículo 26. 1. Los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección estarán sujetos a autorización de la Administración del Estado, que se otorgará con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, y en las normas que se dicten, en su caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 22, pudiéndose establecer las condiciones que se estimen necesarias para la protección del dominio público.

2. Si la actividad solicitada estuviese vinculada directamente a la utilización del dominio público marítimo-terrestre será necesario, en su caso, disponer previamente del correspondiente título administrativo otorgado conforme a esta Ley.

SECCION 2.ª SERVIDUMBRE DE TRANSITO

Artículo 27. 1. La servidumbre de tránsito recaerá sobre una franja de 6 metros, medidos tierra adentro a partir del límite interior de la ribera del mar. Esta zona deberá dejarse permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento, salvo en espacios especialmente protegidos.

2. En lugares de tránsito difícil o peligroso dicha anchura podrá ampliarse en lo que resulte necesario, hasta un máximo de 20 metros.

3. Esta zona podrá ser ocupada excepcionalmente por obras a realizar en el dominio público marítimo-terrestre. En tal caso se sustituirá la zona de servidumbre por otra nueva en condiciones análogas, en la forma en que se señale por la Administración del Esta-

do. También podrá ser ocupado para la ejecución de paseos marítimos.

SECCION 3.ª SERVIDUMBRE DE ACCESO AL MAR

Artículo 28. 1. La servidumbre de acceso público y gratuito al mar recaerá, en la forma que se determina en los números siguientes, sobre los terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre, en la longitud y anchura que demanden la naturaleza y finalidad del acceso.

2. Para asegurar el uso público del dominio público marítimo-terrestre, los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral establecerán, salvo en espacios calificados como de especial protección, la previsión de suficientes accesos al mar y aparcamientos, fuera del dominio público marítimo-terrestre. A estos efectos, en las zonas urbanas y urbanizables, los de tráfico rodado deberán estar separados entre sí, como máximo, 500 metros, y los peatonales, 200 metros. Todos los accesos deberán estar señalizados y abiertos al uso público a su terminación.

3. Se declaran de utilidad a efectos de la expropiación o de la imposición de la servidumbre de paso por la Administración del Estado, los terrenos necesarios para la realización o modificación de otros accesos públicos al mar y aparcamientos, no incluidos en el apartado anterior.

4. No se permitirán en ningún caso obras o instalaciones que interrumpan el acceso al mar sin que se proponga por los interesados una solución alternativa que garantice su efectividad en condiciones análogas a las anteriores, a juicio de la Administración del Estado.

CAPITULO III

Otras limitaciones de la propiedad

Artículo 29. 1. En los tramos finales de los cauces deberá mantenerse la aportación de áridos a sus desembocaduras. Para autorizar su extracción, hasta la distancia que en cada caso se determine, se necesitará el informe favorable de la Administración del Estado, en cuanto a su incidencia en el dominio público marítimo-terrestre.

2. Los yacimientos de áridos, emplazados en la zona de influencia, quedarán sujetos al derecho de tanteo y retracto en las operaciones de venta, cesión o cualquier otra forma de transmisión,a favor de la Administración del Estado, para su aportación a las playas. Con esta misma finalidad, dichos yacimientos se declaran de utilidad pública a los efectos de su expropiación, total o parcial en su caso, por el Departamento ministerial competente y de la ocupación temporal de los terrenos necesarios.

CAPITULO IV

Zona de influencia

Artículo 30. 1. La ordenación territorial y urbanística sobre terrenos incluidos en una zona, cuya anchura se determinará en los instrumentos correspondientes y que será como mínimo de 500 metros a partir del límite interior de la ribera del mar, respetará las exigencias de protección del dominio público marítimo-terrestre a través de los siguientes criterios:

a) En tramos con playa y con acceso de tráfico rodado, se preverán reservas de suelo para aparcamientos de vehículos en cuantía suficiente para garantizar el estacionamiento fuera de la zona de servidumbre de tránsito.

b) Las construcciones habrán de adaptarse a lo establecido en la legislación urbanística. Se deberá evitar la formación de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, sin que, a estos efectos, la densidad de edificación pueda ser superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar en el término municipal respectivo.

2. Para el otorgamiento de las licencias de obra o uso que implique la realización de vertidos al dominio público marítimo-terrestre se requerirá la previa obtención de la autorización de vertido correspondiente.

TITULO III

Utilización del dominio público marítimo-terrestre

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 31. 1. La utilización del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquél, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta Ley.

2. Los usos que tengan especiales circunstancias de intensidad, peligrosidad o rentabilidad y los que requieran la ejecución de obras e instalaciones sólo podrán ampararse en la existencia de reserva, adscripción, autorización y concesión, con sujeción a lo previsto en esta Ley, en otras especiales, en su caso, y en las normas generales o específicas correspondientes, sin que pueda invocarse derecho alguno en virtud de usucapión, cualquiera que sea el tiempo transcurrido.

Artículo 32. 1. Unicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación.

2. A estos efectos, y cualquiera que sea el título habilitante de la ocupación y la Administración que lo otorgue, quedarán expresamente excluidas las utilizaciones mencionadas en el artículo 25.1, excepto las del apartado b), previa declaración de utilidad pública por el Consejo de Ministros, y el vertido de escombros utilizables en rellenos, debidamente autorizados.

3. Previamente al otorgamiento del título administrativo habilitante para la ocupación del dominio público, deberá quedar garantizado el sistema de eliminación de aguas residuales, de acuerdo con las disposiciones vigentes. El posterior incumplimiento de esta obligación dará lugar a la declaración de caducidad del título administrativo y al levantamiento de las instalaciones, sin perjuicio de la sanción que, en su caso, corresponda.

Artículo 33. 1. Las playas no serán de uso privado, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley sobre las reservas demaniales.

2. Las instalaciones que en ellas se permitan, además de cumplir con lo establecido en el artículo anterior, serán de libre acceso público, salvo que por razones de policía, de economía u otras de interés público, debidamente justificadas, se autoricen otras modalidades de uso.

3.Las edificaciones de servicio de playa se ubicarán, preferentemente, fuera de ella, con las dimensiones y dis-

tancias que reglamentariamente se determinen.

4. La ocupación de la playa por instalaciones de cualquier tipo, incluyendo las correspondientes a servicios de temporada, no podrá exceder, en conjunto, de la mitad de la superficie de aquéllas en pleamar y se distribuirá de forma homogénea a lo largo de la misma. Se solicitará de la Administración del Estado la distribución cuando se estime que existen condiciones especiales.

5. Quedarán prohibidos el estacionamiento y la circulación no autorizada de vehículos, así como los campamentos y acampadas.

Artículo 34. 1. La Administración del Estado, sin perjuicio de las competencias de Comunidades Autónomas o Ayuntamientos, dictará las normas generales y las específicas para tramos de costas determinados, sobre protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre, con sujeción a lo previsto en esta Ley. Tales normas incluirán directrices sobre las siguientes materias:

a) Realización de actuaciones de defensa, regeneración, recuperación, mejora y conservación del dominio público.

b) Prioridades para atender las demandas de utilización, existentes y previsibles, en especial sobre servicios de temporada en playas, vertidos, y extracciones de áridos en la ribera del mar y en los terrenos calificados de dominio público en virtud de los artículos 4 y 5.

c) Localización en el dominio público de las infraestructuras e instalaciones, incluyendo las de eliminación de aguas residuales y vertidos al mar.

d) Otorgamiento de concesiones y autorizaciones.

e) Régimen de utilización de las playas, seguridad humana en los lugares de baño y demás condiciones generales sobre uso de aquéllas y sus instalaciones.

f) Adquisición, afectación y desafectación de terrenos.

2. Las normas específicas serán sometidas a informe de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento correspondiente, con carácter previo a su aprobación.

Artículo 35. 1. Las solicitudes de utilización del dominio público marítimo terrestre que se opongan de manera notoria a lo dispuesto en la normativa en vigor, se denegarán y archivarán en el plazo máximo de dos meses, sin más trámite que la audiencia previa al peticionario.

Si se tratare de deficiencias susceptibles de subsanación, se procederá en la forma prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. La Administración no está obligada a otorgar los títulos de utilización del dominio público marítimo-terrestre que se soliciten con arreglo a las determinaciones del plan o normas aprobadas, pudiendo ser denegadas por razones de oportunidad u otras de interés público debidamente motivadas.

Artículo 36. En los supuestos de usos que puedan producir daños y perjuicios sobre el dominio público o privado, la Administración del Estado estará facultada para exigir al solicitante la presentación de cuantos estudios y garantías económicas se determinen reglamentariamente para la prevención de aquéllos, la resposición de los bienes afectados y las indemnizaciones correspondientes.

Artículo 37. 1. La ocupación del dominio público no implicará en ningún caso la cesión de éste, ni su utilización significará la cesión de las facultades demaniales de la Administración del Estado, ni la asunción por ésta de responsabilidades de ningún

tipo respecto al titular del derecho a la ocupación o a terceros. El mencionado titular será responsable de los daños y perjuicios que puedan ocasionar las obras y actividades al dominio público y al privado, salvo en el caso en que aquéllos tengan su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al titular y que sea de ineludible cumplimiento por éste.

2. La Administración del Estado conservará en todo momento las facultades de tutela y policía sobre el dominio público afectado, quedando obligado el titular de la ocupación o actividad a informar a aquélla de las incidencias que se produzcan en relación con dichos bienes y a cumplir las instrucciones que le dicte.

3. La Administración competente llevará, actualizado, el Registro de usos del dominio público marítimo-terrestre, en el que se inscribirán de oficio, en la forma que reglamentariamente se determine, las reservas, adscripciones y concesiones, así como las autorizaciones de vertidos contaminantes, revisando al menos anualmente el cumplimiento de las condiciones estipuladas, así como los efectos producidos. Dichos Registros tendrán carácter público, pudiendo interesarse las oportunas certificaciones sobre su contenido, y siendo las mismas medio de prueba de la existencia y situación del correspondiente título administrativo. Los cambios de titularidad y de características que puedan producirse deberán reflejarse asimismo en el asiento correspondiente.

Artículo 38. 1. Estará prohibida la publicidad a través de carteles o vallas o por medios acústicos o audiovisuales.

2. También estará prohibido, cualquiera que sea el medio de difusión empleados, el anuncio de actividades en el dominio público marítimo-terrestre que no cuenten con el correspondiente título administrativo o que no se ajuste a sus condiciones.

Artículo 39. Las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telefonía exigirán para la contratación de sus respectivos servicios, la presentación del título administrativo requerido según la presente Ley para la realización de las obras o instalaciones en las playas, zona marítimo-terrestre o mar.

Artículo 40. Las utilizaciones no autorizadas previamente, conforme a lo establecido en esta Ley, serán sancionadas con arreglo a lo previsto en el título V, sin perjuicio de su legalización cuando sea posible y se estime conveniente, en cuyo caso se seguirá el procedimiento y los criterios establecidos en la presente Ley para el otorgamiento del título correspondiente.

Artículo 41. En caso de tempestad, grave riesgo, catástrofe o calamidad pública o cualquier otro estado de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, la Administración competente podrá disponer inmediatamente y sin tramitación ni indemnización previa, del dominio público ocupado y de las obras e instalaciones concedidas o autorizadas, en la medida que juzgue necesaria para la protección y seguridad de los bienes y personas afectadas. Para las indemnizaciones correspondientes se estará a lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa.

CAPITULO II

Proyectos y obras

Artículo 42. 1. Para que la Administración competente resuelva sobre la ocupación o utilización del dominio público marítimo-terrestre, se formulará el correspondiente proyecto básico, en el que se fijarán las características de las instalaciones y obras, la extensión

de la zona de dominio público marítimo-terrestre a ocupar o utilizar y las demás especificaciones que se determinen reglamentariamente. Con posterioridad y antes de comenzarse las obras, se formulará el proyecto de construcción, sin perjuicio de que, si lo desea, el peticionario pueda presentar éste y no el básico acompañado a su solicitud.

2. Cuando las actividades proyectadas pudieran producir una alteración importante del dominio público marítimo-terrestre se requerirá además una previa evaluación de sus efectos sobre el mismo, en la forma que se determine reglamentariamente.

3. El proyecto se someterá preceptivamente a información pública, salvo que se trate de autorizaciones o de actividades relacionadas con la defensa nacional o por razones de seguridad.

4. Cuando no se trate de utilización por la Administración, se acompañará un estudio económico-financiero, cuyo contenido se definirá reglamentariamente, y el presupuesto estimado de las obras emplazadas en el dominio público marítimo-terrestre.

Artículo 43. Las obras se ejecutarán conforme al proyecto de construcción que en cada caso se apruebe, que completará al proyecto básico.

Artículo 44. 1. Los proyectos se formularán conforme al planteamiento que, en su caso, desarrollen, y con sujeción a las normas generales, específicas y técnicas que apruebe la Administración competente en función del tipo de obra y de su emplazamiento.

2. Deberán prever la adaptación de las obras al entorno en que se encuentren situadas y, en su caso, la influencia de la obra sobre la costa y los posibles efectos de regresión de ésta.

3. Cuando el proyecto contenga la previsión de actuaciones en el mar o en la zona marítimo-terrestre, deberá comprender un estudio básico de la dinámica litoral, referido a la unidad fisiográfica costera correspondiente y de los efectos de las actuaciones previstas.

4. Para la creación y regeneración de playas se deberá considerar prioritariamente la actuación sobre los terrenos colindantes, a supresión o atenuación de las barreras al transporte marino de áridos, la aportación artificial de éstos, las obras sumergidas en el mar y cualquier otra actuación que suponga la menor agresión al entorno natural.

5. Los paseos marítimos se localizarán fuera de la ribera del mar y serán preferentemente peatonales.

6. Las instalaciones de tratamiento de aguas residuales se emplazarán fuera de la ribera del mar y de los primeros 20 metros de la zona de servidumbre de protección. No se autorizará la instalación de colectores paralelos a la costa dentro de la ribera del mar. En los primeros 20 metros fuera de la ribera del mar se prohibirán los colectores paralelos.

7. Los proyectos contendrán la declaración expresa de que cumplen las disposiciones de esta Ley y de las normas generales y específicas que se dicten para su desarrollo y aplicación.

Artículo 45. 1. La tramitación de los proyectos de la Administración del Estado se establecerá reglamentariamente, con sometimiento, en su caso, a información pública y a informe de los Departamentos y Organismos que se determinen. Si, como consecuencia de las alegaciones formuladas en dicho trámite, se introdujeran modificaciones sustanciales en el proyecto, se abrirá un nuevo período de información.

2. La aprobación de dichos proyectos llevará implícita la necesidad de ocupación de los bienes y derechos que, en su caso, resulte necesario expropiar. A tal efecto, en el proyecto deberá figurar la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados, con la descripción material de los mismos.

3. La necesidad de ocupación se referirá también a los bienes y derechos comprendidos en el planteo del proyecto y en las modificaciones de obra que puedan aprobarse posteriormente, con los mismos requisitos señalados en el apartado anterior.

Artículo 46. Con el fin de garantizar la integridad del dominio público marítimo-terrestre y al eficacia de las medidas de protección sobre el mismo, la Administración del Estado podrá aprobar planes de obras y de otras actuaciones de su competencia.

CAPITULO III

Reservas y adscripciones

SECCION 1.ª RESERVAS

Artículo 47. 1. La Administración del Estado podrá reservarse la utilización total o parcial de determinadas pertenencias del dominio público marítimo-terrestre exclusivamente para el cumplimiento de fines de su competencia, siempre que concurran las circunstancias prevenidas en el artículo 32 de esta Ley.

2. La reserva podrá ser para la realización de estudios e investigaciones, o para obras, instalaciones o servicios. Su duración se limitará al tiempo necesario para el cumplimiento de los fines a que se refiere el apartado anterior.

3. La declaración de zona de reserva se hará en virtud de las normas previstas en el artículo 34 o, en su defecto, por acuerdo del Consejo de Ministros. Prevalecerá frente a cualquier otra utilización y llevará implícita la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación, a efectos expropiatorios de los derechos preexistentes que resulten incompatibles con ella.

Artículo 48. 1. La utilización o explotación de las zonas de reserva podrá ser realizada por cualquiera de las modalidades de gestión directa o indirecta que se determinen reglamentariamente.

2. La reserva no podrá amparar en ningún caso la realización de otros usos o actividades distintas de las que justificaron la declaración.

SECCION 2.ª ADSCRIPCIONES

Artículo 49. 1. La adscripción de bienes de dominio público marítimo-terrestre a las Comunidades Autónomas para la construcción de nuevos puertos y vías de transporte de titularidad de aquéllas, o de ampliación o modificación de los existentes, se formalizará por la Administración del Estado. La porción de dominio público adscrita conservará tal calificación jurídica, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la utilización y gestión de la misma, adecuadas a su finalidad y con sujeción a las disposiciones pertinentes. En todo caso, el plazo de las concesiones que se otorguen en los bienes adscritos no podrá ser superior a treinta años.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, los proyectos de las Comunidades Autónomas deberán contar con el informe favorable de la Administración del Estado, en cuanto a la delimitación del dominio público estatal susceptible de adscripción, usos previstos y medidas necesarias para la protección del dominio público, sin cuyo requisito aquéllos no podrán entenderse definitivamente aprobados.

3. La aprobación definitiva de los proyectos llevará implícita la adscripción del dominio público en que estén emplazadas las obras y, en su caso, la delimitación de una nueva zona de servicio portuaria. La adscripción se formalizará mediante acta suscrita por representantes de ambas Administraciones.

Artículo 50. Los bienes de dominio

público marítimo-terrestre adscritos a una Comunidad Autónoma conforme a lo previsto en el anterior artículo, que no sean utilizados para el cumplimiento de los fines a los que se adscribieran, o que sean necesarios para la actividad económica o el interés general, según los artículos 131 y 149 de la Constitución, revertirán al Estado, previa audiencia de la Comunidad Autónoma, por el procedimiento que se determine reglamentariamente, y se les dará el destino que en cada caso resulte procedente.

CAPITULO IV

Autorizaciones

SECCION 1.ª DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 51. 1. Estarán sujetas a previa autorización administrativa las actividades en las que, aun sin requerir obras o instalaciones de ningún tipo, concurran circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad, y asimismo la ocupación del dominio público marítimo-terrestre con instalaciones desmontables o con bienes muebles.

2. Se entenderán por instalaciones desmontables aquellas que:

a) Precisen a lo sumo obras puntuales de cimentación, que en todo caso no sobresaldrán del terreno.

b) Estén constituidas por elementos de serie prefabricados, módulos, paneles o similares, sin elaboración de materiales en obra ni empleo de soldaduras.

c) Se monten y desmonten mediante procesos secuenciales, pudiendo realizarse su levantamiento sin demolición y siendo el conjunto de sus elementos fácilmente transportable.

Artículo 52. 1. La solicitudes de autorización sólo podrán referirse a las instalaciones y actividades previstas en las normas generales y específicas que se dicten en virtud de lo establecido en el artículo 34.

2. Las solicitudes podrán ser sometidas a información pública según se determine reglamentariamente.

3. Las autorizaciones se otorgarán con carácter personal e intransferible intervivos, salvo en el caso de vertidos, y no serán inscribibles en el Registro de la Propiedad.

4. El pazo de vencimiento será el que se determine en el título correspondiente, y no podrá exceder de un año, salvo en los casos en que esta Ley establece otro diferente.

Artículo 53. 1. Las autorizaciones cuyo objeto sea la explotación de servicios de temporada en las playas, que sólo requieran instalaciones desmontables, serán otorgadas a los Ayuntamientos que lo soliciten, en la forma que se determine reglamentariamente y con sujeción a las condiciones que se establezcan en las normas generales y específicas correspondientes.

2. En ningún caso el otorgamiento de estas autorizaciones podrá desnaturalizar el principio del uso público de las playas.

Artículo 54. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá otorgarse la explotción total o parcial de los servicios de temporada a los titulares de concesiones de creación, regeneración o acondicionamiento de playas, en los términos que se establezcan en el título correspondiente.

Artículo 55. 1. Las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración en cualquier momento, sin derechos a indemnización, cuando resulten incompatibles con la normativa aprobada con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso público.

2. Extinguida la autorización, el titular tendrá derecho a retirar fuera del

dominio público y de sus zonas de servidumbre las instalaciones correspondientes y estará obligado a dicha retirada cuando así lo determine la Administración competente, en forma y plazo reglamentarios. En todo caso, estará obligado a restaurar la realidad física alterada.

SECCION 2.ª VERTIDOS

Artículo 56. 1. Las disposiciones de la presente Sección son de aplicación a los vertidos, tanto líquidos como sólidos, cualquiera que sea el bien de dominio público marítimo-terrestre en que se realicen.

2. Los vertidos al mar desde buques y aeronaves se regularán por su legislación específica.

3. Estará prohibido el vertido de residuos sólidos y escombros al mar y su ribera, así como a la zona de servidumbre de protección, excepto cuando éstos sean utilizables como rellenos y estén debidamente autorizados.

Artículo 57. 1. Todos los vertidos requerirán autorización de la Administración competente, que se otorgará con sujeción a la legislación estatal y autonómica aplicable, sin perjuicio de la concesión de ocupación de dominio público, en su caso.

2. En el caso de vertidos contaminantes, se estará, además, a lo previsto en las normas a que se refiere el artículo 34, siendo necesario que el peticionario justifique previamente la imposibilidad o dificultad de aplicar una solución alternativa para la eliminación o tratamiento de dichos vertidos. No podrán verterse sustancias ni introducirse formas de energía que puedan comportar un peligro o perjuicio superior al admisible para la salud pública y el medio natural, con arreglo a la normativa vigente.

3. En función de los objetivos de calidad fijados para el medio receptor de contaminación, los vertidos se limitarán en la medida que lo permita el estado de la técnica, las materias primas y, especialmente, en virtud de la capacidad de absorción de la carga contaminante, sin que se produzca una alteración significativa de dicho medio.

Artículo 58. 1. Entre las condiciones a incluir en las autorizaciones de vertido deberán figurar las relativas a:

a) Plazo de vencimiento, no superior a treinta años.

b) Instalaciones de tratamiento, depuración y evacuación necesarias, estableciendo sus características y los elementos de control de su funcionamiento, con fijación de las fechas de iniciación y terminación de su ejecución, así como de su entrada en servicio.

c) Volumen anual de vertido.

d) Límites cualitativos del vertido y plazos, si proceden, para la progresiva adecuación de las características del efluente a los límites impuestos.

e) Evaluación de los efectos sobre el medio receptor, objetivos de calidad de las aguas en la zona receptiva y previsiones que, en caso necesario, se hayan de adoptar para reducir la contaminación.

f) Canon de vertido.

2. La Administración competente podrá modificar las condiciones de las aturoizaciones de vertido, sin derecho a indemnización, cuando las circunstancias que motivaron su otorgamiento se hubiesen alterado o bien sobrevinieran otras que, de haber existido anteriormente, habrían justificado su denegación o el otorgamiento en términos distintos. Si la Administración lo considera necesario, podrá suspender los efectos de la autorización hasta que se cumplan las nuevas condiciones establecidas.

3. En caso de que el titular de la autorización no realice las modificaciones en el plazo que al efecto le señale la Adminsitración competente, ésta podrá declarar la caducidad de la autori-

zación de vertido, sin perjuicio de la imposición de las sanciones oportunas.

4. La extinción de la autorización de vertido, cualquiera que sea la causa, llevará implícita la de la inherente concesión de ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

5. La Administración competente podrá efectuar cuantos análisis e inspecciones estime convenientes para comprobar las características del vertido y contrastar, en su caso, el cumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización del vertido.

6. Podrán constituirse Juntas de Usuarios para el tratamiento conjunto y vertido final de efluentes líquidos.

Artículo 59. En aquellos casos en que el vertido pueda propiciar la infiltración o almacenamiento de sustancias susceptibles de contaminar las aguas o capas subterráneas se requerirá la previa realización de un estudio hidrogeológico que justifique su inocuidad.

Artículo 60. Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes específicas y de las exigencias que comporten los programas de control y reducción de la contaminación por vertidos de hidrocarburos al mar, las refinerías de petróleo, factorías químicas que posean terminales de carga y descarga de hidrocarburos en los puertos, mar territorial y aguas interiores, deberán disponer, *en las cercanías de los terminales*, las instalaciones de recepción de los residuos de hidrocarburos y cuantos otros medios que para prevenir y combatir los derrames establecen las disposiciones en materia de contaminación de las aguas del mar. Asimismo, las plataformas e instalaciones dedicadas a la prospección de hidrocarburos en el mar, su explotación o almacenamiento deberán contar con los medios precisos para prevenir y combatir los derrames que puedan producirse.

Artículo 61. Las autorizaciones administrativas sobre establecimiento, modificación o traslado de instalaciones o industrias que originen o puedan originar vertidos al dominio público marítimo-terrestre se otorgarán condicionadas a la obtención de las correspondientes autorizaciones de vertido y concesiones de ocupación de dicho dominio.

Artículo 62. La Administración competente podrá prohibir, en zonas concretas, aquellos procesos industriales cuyos efluentes, a pesar del tratamiento a que sean sometidos, puedan constituir riesgo de contaminación superior a la admisible, según la normativa vigente, para el dominio público marítimo-terrestre, bien sea en su funcionamiento normal o en caso de situaciones excepcionales previsibles.

SECCION 3.ª EXTRACCIONES DE ARIDOS Y DRAGADOS

Artículo 63. 1. Para otorgar las autorizaciones de extraciones de áridos y dragados, será necesaria la evaluación de sus efectos sobre el dominio público marítimo-terrestre, referida tanto al lugar de extracción o dragado como al de descarga en su caso. Se salvaguardará la estabilidad de la playa, considerándose preferentemente sus necesidades de aportación de áridos.

2. Quedarán prohibidas las extracciones de áridos para la construcción, salvo para la creación y regeneración de playas.

3. Entre las condiciones de la autorización deberán figurar las relativas a:

a) Plazo por el que se otorga.

b) Volumen a extraer, dragar o descargar al dominio público marítimo-terrestre, ritmo de estas acciones y tiempo hábil de trabajo.

c) Procedimiento y maquinaria de ejecución.

d) Destino y, en su caso, lugar de descarga en el dominio público de los productos extraídos o dragados.

e) Medios y garantías para el control efectivo de estas condiciones.

4. En el caso de que se produjeran efectos perjudiciales para el dominio público y su uso, la Administración otorgante podrá modificar las condiciones iniciales para corregirlos, o incluso revocar la autorización, sin derecho a indemnización alguna para su titular.

CAPITULO V

Concesiones

Artículo 64. Toda ocupación de los bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal con obras o instalaciones no desmontables estará sujeta a previa concesión otorgada por la Administración del Estado.

Artículo 65. El otorgamiento de la concesión a que se refiere el artículo anterior no exime a su titular de la obtención de las concesiones y autorizaciones que sean exigibles por otras Administraciones Públicas en virtud de sus competencias en materia de puertos, vertidos u otras específicas.

Artículo 66. 1. Las concesiones se otorgarán sin perjuicio del tercero y dejando a salvo los derechos preexistentes.

2. El plazo será el que se determine en el título correspondiente. Reglamentariamente, se establecerán los plazos máximos de duración de las concesiones en función de los usos a que las mismas se destinen. En ningún caso estos plazos podrán exceder de treinta años.

3. Cuando el objeto de una concesión de explotación de recursos mineros o energéticos otorgada por la Administración del Estado por un plazo superior, su titular tendrá derecho a que se le otorgue una nueva concesión de ocupación del dominio público marítimo-terrestre por un plazo igual al que reste de vigencia a la concesión de explotación, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta años.

Artículo 67. Previamente a la resolución sobre la solicitud de la concesión habrá información pública y oferta de condiciones de la Administración del Estado al peticionario, sin cuya aceptación no será otorgada. Cumplidos estos trámites, la resolución correspondiente será dictada, discrecionalmente, por el Departamento ministerial competente y deberá hacerse pública. Si el concesionario impugna las cláusulas que fueron aceptadas por él, la Administración estará facultada para declarar extinguido el título, salvo cuando aquéllas fueren ilegales.

Artículo 68. El otorgamiento de la concesión podrá implicar, según se determine reglamentariamente, la declaración de utilidad pública por el Departamento ministerial competente, a efectos de ocupación temporal o expropiación forzosa de los bienes o derechos afectados por el objeto de aquélla.

Artículo 69. Los bienes y derechos expropiados se incorporarán al dominio público marítimo-terrestre desde su ocupación, en la forma prevista en el título concesional, sin que el concesionario esté obligado al abono del canon de ocupación por los terrenos expropiados a su costa para su incorporación a la concesión.

Artículo 70. 1. Las concesiones serán inscribibles en el Registro de la Propiedad. Extinguida la concesión, la inscripción será cancelada de oficio o a petición de la Administración o del interesado.

2. Las concesiones no serán transmisibles por actos intervivos. En caso de fallecimiento del concesionario, sus causahabientes, a título de herencia o legado, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones de aquél en el plazo de un año. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa a la Administración concedente, se entenderá que renuncian a la concesión.

No obstante, serán transmisibles las

concesiones que sirvan de soporte a la prestación de un servicio público, cuando la Administración autorice la cesión del correspondiente contrato de gestión del servicio, así como las reguladas en la Ley 23/1984, de 25 de junio, de cultivos marinos, y las vinculadas a permisos de investigación o concesiones de explotación previstos en la legislación de minas e hidrocarburos.

La transmisión no será eficaz hasta que no se haya producido el reconocimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión.

3. La constitución de hipotecas y otros derechos de garantía sobre las concesiones transmisibles, así como el embargo de las mismas, deberán ser comunicados previamente a la Administración concedente por la persona o entidad a cuyo favor se constituye el derecho.

Artículo 71. 1. Las concesiones otorgadas para una pluralidad de usos, con instalaciones separables, serán en su caso divisibles, con la conformidad de la Administración concedente y en las condiciones que esta dicte.

2. El concesionario podrá renunciar en cualquier momento a la ocupación de la parte del dominio público incluida en el perímetro de la concesión que no resulte necesaria para su objeto, con la conformidad de la Administración concedente.

3. La declaración de utilidad pública, a efectos del rescate de la concesión, incluso con declaración de urgencia en su caso, corresponderá al Departamento ministerial concedente.

Artículo 72. 1. En todos los casos de extinción de una concesión, la Administración del Estado decidirá sobre el mantenimiento de las obras e instalaciones o su levantamiento y retirada del dominio público y de su zona de servidumbtre de protección por el interesado y a sus expensas. Dicha decisión se adoptará de oficio o a instancia de aquél, a partir del momento anterior al vencimiento que reglamentariamente se determine en caso de extinción normal por cumplimiento del plazo, y en los demás supuestos de extinción en el momento de la resolución del correspondiente expediente.

2. A partir del momento que se indica en el número anterior, el titular de la concesión constituirá el depósito suficiente para responder de los gastos de levantamiento de las obras o instalaciones y retirada fuera del dominio público marítimo-terrestre y su zona de servidumbre de protección, o de reparación de aquéllas, de acuerdo con la resolución adoptada y la tasación ejecutoria señalada por la Administración y a resultas de la liquidación que proceda.

3. En caso de que se opte por el mantenimiento, en la fecha de extinción de la concesión revertirán a la Administración del Estado gratuitamente podrá continuar la explotación o utilización de las instalaciones, según se determine reglamentariamente.

CAPITULO VI

Disposiciones comunes a autorizaciones y concesiones

Artículo 73. La Administración competente aprobará pliegos de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones.

Artículo 74. 1. Las solicitudes acompañadas del proyecto básico o de construcción, conforme a lo previsto en el artículo 42, y del resguardo acreditativo de la constitución de las fianzas que en su caso correspondan, se tramitarán en la forma que se determine reglamentariamente, con las fases de información pública, de informe de los Organismos que deban ser consultados, y de confrontación previa del proyecto.

2. Reglamentariamente se regularán los otorgamientos a extranjeros, para los cuales podrán establecerse requisitos especiales o adicionales, condicionados a la prueba de reciprocidad en

su países de origen para los nacionales españoles.

Se exceptúan los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea a reserva de las limitaciones que por razones de orden público, seguridad y salud públicas reglamentariamente se establezcan.

3. En el otorgamiento de las solicitudes se observará el orden de preferencia que se establezca en las normas generales y específicas correspondientes. En su defecto, serán preferidas las de mayor utilidad pública. Sólo en caso de identidad entre varias solicitudes se tendrá en cuenta la prioridad en la presentación.

Artículo 75. 1. La Administración podrá convocar concursos para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre.

2. Si la convocatoria del concurso se produjese durante la tramitación de una solicitud de concesión o autorización, el interesado tendrá derecho, en caso de no resultar adjudicatario del título, al cobro de los gastos del proyecto, en la forma que se determine reglamentariamente.

3. El concurso podrá declararse desierto si ninguna de las ofertas presentadas reúne las condiciones adecuadas.

Artículo 76. En todo título de otorgamiento, que tendrá carácter de público, se fijarán las condiciones pertinentes y, en todo caso, las siguientes:

a) Objeto y extensión de la ocupación.

b) Obras o instalaciones a realizar por el adjudicatario con referencia al proyecto respectivo y plazo de comienzo y terminación de aquéllas.

c) Plazo de otorgamiento y posibilidad de prórroga, si procede.

d) Cánones de tasas a abonar por el adjudicatario.

e) Régimen de utilización, privada o pública, incluyendo en su caso las tarifas a abonar por el público con descomposición de sus factores constitutivos como base de futuras revisiones.

f) En los casos de utilización lucrativa, obligación del adjudicatario de facilitar cuanta información le solicite la Administración sobre los resultados económicos de la explotación.

g) Condiciones que, como resultado de la evaluación de efectos, se consideren necesarias para no perjudicar al medio.

h) Señalización marítima y de las zonas de uso público.

i) Obligación del adjudicatario de mantener en buen estado el dominio público, obras e instalaciones.

j) Obligación del adjudicatario de constituir un depósito suficiente para los gastos de reparación o levantamiento y retirada, parcial o total, de las obras e instalaciones, a su costa, a la extinción del título correspondiente, salvo decisión en contrario de la Administración competente.

k) Causas de caducidad, conforme a las establecidas en el artículo 79.

l) Prescripciones técnicas al proyecto, en su caso.

Artículo 77. Las autorizaciones y concesiones podrán ser modificadas:

a) Cuando se hayan alterado los supuestos determinantes de su otorgamiento.

b) En casos de fuerza mayor a petición del titular.

c) Cuando lo exija su adecuación a los planes o normas correspondientes.

Sólo en el tercer caso, el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 o supletoriamente en la legislación general de expropiación forzosa.

Artículo 78. 1. El derecho a la ocupación del dominio público se extinguirá por:

a) Vencimiento del plazo de otorgamiento.

b) Revisión de oficio en los casos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

c) Revocación por la Administración cuando se trate de autorizaciones.

d) Revocación de las concesiones por alteración de los supuestos físicos existentes en el momento del otorgamiento, cuando no sea posible la modificación del título.

e) Renuncia del adjudicatario, aceptada por la Administración siempre que no tenga incidencia negativa sobre el dominio público o su utilización o cause perjuicios a terceros.

f) Mutuo acuerdo entre la Administración y el adjudicatario.

g) Extinción de la concesión de servicio público del que el título demanial sea soporte.

h) Caducidad.

i) Rescate.

2. Extinguido el derecho a la ocupación del dominio público, la Administración no asumirá ningún tipo de obligación laboral del titular de la actividad afectada.

Artículo 79. 1. La Administración, previa audiencia del titular, declarará la caducidad en los siguientes casos:

a) No iniciación, paralización o no terminación de las obras injustificadamente durante el plazo que se fije en las condiciones del título.

b) Abandono o falta de utilización durante un año, sin que medie justa causa.

c) Impago del canon o tasas en plazo superior a un año.

d) Alteración de la finalidad del título.

e) Incumplimiento de las condiciones que se hubieran establecido como consecuencia de la previa evaluación de sus efectos sobre el dominio público marítimo-terrestre.

f) El incumplimiento de las condiciones b) y d) del número 3 del artículo 63 para las extracciones de áridos y dragados.

g) Privatización de la ocupación, cuando la misma estuviere destinada a la prestación de servicios al público.

h) Invasión del dominio público no otorgado.

i) Aumento de la superficie construida, volumen o altura máxima en más del 10 por 100 sobre el proyecto autorizado.

j) No constitución del depósito requerido por la Administración para la reparación o el levantamiento de las obras e instalaciones.

k) Obstaculización del ejercicio de las servidumbres sobre los terrenos colindantes con el dominio público o la aplicación de las limitaciones establecidas sobre la zona de servidumbre de protección y de influencia.

l) En general, por incumplimiento de otras condiciones cuya inobservancia esté expresamente sancionada con la caducidad en el título correspondiente, y de las básicas o decisorias para la adjudicación, en su caso, del concurso convocado según el artículo 75.

2. En los demás supuestos de incumplimiento o en caso de infracción grave conforme a la presente Ley, la Administración podrá declarar la caducidad, previa audiencia del titular y demás trámites reglamentarios.

Artículo 80. 1. Incoado el expediente de caducidad la Administración podrá disponer la paralización inmediata de las obras, o la suspensión del uso y explotación de las instalaciones, previa audiencia en este último caso del titular afectado y una vez desestimadas sus alegaciones.

2. La declaración de caducidad comportará la pérdida de la fianza si la hubiere.

3. Para la suspensión de la ejecución de la caducidad, el interesado quedará obligado al depósito previo importe que

se fije en cada caso con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente.

Artículo 81. 1. El plazo de vencimiento será improrrogable, salvo que en el título de otorgamiento se haya previsto expresamente lo contario, en cuyo caso, a petición del titular y a juicio de la Administración competente, podrá ser prorrogado siempre que aquél no haya sido sancionado por infracción grave, y no se superen en total los plazos máximos reglamentarios.

2. A la extinción de la autorización o concesión, la Administración del Estado, sin más trámite, tomará posesión de las instalaciones pudiendo obtener de las Empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telefonía la suspensión del suministro.

TITULO IV

Régimen económico-financiero de la utilización del dominio público marítimo-terrestre

CAPITULO PRIMERO

Financiación de obras y otras actuaciones

Artículo 82. Las obras de competencia del Estado se financiarán con cargo a los correspondientes créditos presupuestarios y, en su caso, con las aportaciones de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales, Organismos internacionales y particulares.

Artículo 83. 1. Cuando la financiación sea compartida, la aportación correspondiente a cada partícipe se fijará de común acuerdo, detallándose la cuantía y modalidad de los compromisos asumidos.

2. Estos acuerdos podrán referirse también a la elaboración del planeamiento y de los proyectos de obras correspondientes.

CAPITULO II

Cánones y tasas

Artículo 84. 1. Toda ocupación o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre estatal en virtud de una concesión o autorización, cualquiera que fuere la Administración otorgante, devengará el correspondiente canon en favor de la Administración del Estado, sin perjuicio de los que sean exigibles por aquélla.

2. Están obligados al pago del canon, en la cuantía y condiciones que se determinen en esta Ley, los titulares de las concesiones y autorizaciones antes mencionadas.

3. La base imponible será el valor del bien ocupado o aprovechado, que se determinará de la siguiente forma:

a) Por ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre, la valoración del bien ocupado se determinará por equiparación al valor asignado a efectos fiscales a los terrenos contiguos a sus zonas de servidumbre, incrementado en los rendimientos que sea previsible obtener en la utilización de dicho dominio. En el caso de obras e instalaciones el valor material de las mismas. En los supuestos de obras e instalaciones el territorial destinadas a la investigación o explotación de recursos mineros y energéticos se abonará un canon de una peseta por metro cuadrado de superficie ocupada.

b) Por aprovechamiento de bienes de dominio público marítimo-terrestre, el valor del bien será el de los materiales aprovechados a precios medios de mercado.

4. El tipo de gravamen será del 8 por 100, sobre el valor de la base, salvo en el caso de aprovechamiento, que será del 100 por 100.

5. El canon podrá reducirse hasta en un 90 por 100, en los supuestos de ocupaciones destinadas al uso público gratuito.

6. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales estarán

exentas del pago del canon de ocupación en las concesiones o autorizaciones que se les otorguen, siempre que las mismas no sean objeto de explotación lucrativa, directamente o por terceros.

7. La obligación de satisfacer el canon de ocupación nace, para los titulares de las concesiones o autorizaciones, en el momento de otorgamiento de las mismas y de la aprobación de cada una de las revisiones efectuadas. En el caso de aprovechamiento, cuando se produzca el mismo.

El canon será exigible en la cuantía que corresponda y se abonará de una sola vez o periódicamente en la forma que se establezca en las condiciones de *la concesión o autorización.*

Artículo 85. 1. Los vertidos contaminantes autorizados conforme a lo dispuesto en esta Ley se gravarán con un canón, en función de la carga contaminante.

2. El importe de esta exacción será el resultado de multiplicar la carga contaminante del vertido, expresada en unidades de contaminación, por el valor que se asigne a la unidad.

Se entiende por unidad de contaminación un patrón convencional de medida, que se fijará reglamentariamente, referido a la carga contaminante producida por el vertido tipo de aguas domésticas, correspondiente a 1.000 habitantes, y al período de un año. Asimismo, por vía reglamentaria se establecerán los baremos de equivalencia para los vertidos de aguas residuales de otra naturaleza.

El valor de la unidad de contaminación, que podrá variar para los diferentes tramos de costa, se determinará y *revisará de acuerdo con las previsiones* de las normas sobre calidad de las aguas del mar.

3. El canon será percibido por la Administración otorgante de la autorización de vertido y se destinará a actuaciones de saneamiento y mejora de la calidad de las aguas del mar.

Artículo 86. Se abonarán tasas a percibir por la Administración como contraprestación a las siguientes actividades realizadas por la misma:

a) Examen del proyecto en la tramitación de solicitudes de autorizaciones y concesiones.

b) Replanteo y su comprobación en las obras que se realicen sobre el dominio público marítimo-terrestre y sus zonas de servidumbre, y su inspección y reconocimiento final.

c) Aportación de estudios o documentación técnica, a solicitud de interesados.

d) Práctica de deslindes, delimitaciones y otras actuaciones técnicas y *adminsitrativas, a instancia de los peticionarios.*

e) Copias de documentos.

Artículo 87. 1. Están obligados al pago de la tasa los solicitantes de las prestaciones enumeradas en el artículo anterior.

2. La base imponible estará constituida por los costes directamente imputables a la prestación del servicio realizado.

3. El tipo de gravamen será del 100 por 100 sobre el valor de la base.

4. La obligación de satisfacer las tases nace para los solicitantes en el momento de ser admitida por la Administración la prestación del servicio.

5. La tasa será exigible, en la cuantía que corresponda, en el plazo que se fije a partir de la fecha de notificación de la liquidación.

CAPITULO III

Fianzas

Artículo 88. 1. Los peticionarios de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre reguladas por la presente Ley acreditarán ante la Administración competente, al presentar la solicitud, la prestación de la fianza provisional, por un importe

del 2 por 100 del presupuesto de las obras o instalaciones a realizar en el dominio de que se trate, en la forma que se determine reglamentariamente.

2. Otorgada la concesión o autorización, se constituirá la fianza definitiva, elevando la provisional al 5 por 100 del presupuesto correspondiente de las obras o instalaciones. Si el peticionario hubiera prestado fianza por la solicitud de otras concesiones o autorizaciones a otorgar por la Administración del Estado, que sean exigibles para la realización de la actividad que motiva la solicitud de ocupación del dominio público, la cuantía total acumulada de dichas fianzas no pódrá exceder del 5 por 100 del referido presupuesto.

3. Si el interesado desistiera de la petición o renunciara al título perderá la fianza constituida.

4. En el caso de vertidos, la Administración competente podrá exigir la constitución de una fianza complementaria, para responder del cumplimiento de las condiciones de aquél, en cuantía equivalente al importe de un semestre del canon de vertido, y será susceptible de revisiones periódicas en función de las variaciones de éste.

5. La fianza definitiva será devuelta al año de la aprobación del reconomiento de las obras, en caso de concesión o de autorización con plazo de vencimiento superior al año, y en otro caso a su vencimiento, salvo en los supuestos de renuncia y caducidad, con deducción de las cantidades que, en su caso, deban hacerse efectivas en concepto de penalidades y responsabilidades en que haya podido incurrir el concesionario.

6. El derecho a la devolución de la fianza prescribirá si no ha sido solicitada en el plazo de cinco años, a partir del momento en que sea procedente.

CAPITULO IV

Valoración de rescates

Artículo 89. La valoración de las concesiones, en caso de rescate total o parcial, se atendrá a las siguientes reglas:

a) Se indemnizará por el valor de las obras no amortizadas, incluidas en el acta de reconocimiento de la concesión, suponiendo una amortización lineal para el período de duración de aquélla, actualizando los precios del proyecto, incluso honorarios del mismo y dirección de obras, con arreglo a las normas oficiales y considerando el estado de la obras.

b) Se indemnizará también por la pérdida de beneficios en el ejercicio económico o año en curso, en el que se realiza el rescate, debidamente justificada con las declaraciones presentadas a efectos fiscales.

c) En cualquier caso, no se tendrán en cuenta las obras e instalaciones realizadas por el concesionario sin previa autorización, que pasarán al dominio público sin derecho a indemnización.

TITULO V

Infracciones y sanciones

CAPITULO PRIMERO

Infracciones

Artículo 90. Se considerarán infracciones conforme a la presente Ley las siguientes:

a) Las acciones u omisiones que causen daños o menoscabo a los bienes del dominio público marítimo-terrestre o a su uso, así como la ocupación sin el debido título administrativo.

b) La ejecución de trabajos, obras, instalaciones, vertidos, cultivos, plantaciones o talas en el dominio público marítimo-terrestre sin el debido título administrativo.

c) El incumplimiento de lo establecido en materia de servidumbres y de las determinaciones contenidas en las normas aprobadas conforme a esta Ley.

d) El incumplimiento de las condiciones de los correspondientes títulos administrativos, sin perjuicio de su caducidad.

e) La publicidad prohibida en el dominio público marítimo-terrestre o en la zona de servidumbre de protección.

f) El anuncio de actividades a realizar en el dominio público y sus zonas de servidumbre sin el debido título administrativo o en pugna con sus condiciones.

g) La obstrucción al ejercicio de las funciones de policía que corresponden a la Administración.

h) El falseamiento de la información suministrada a la Administración por propia iniciativa o a requerimiento de ésta.

i) El incumplimiento total o parcial de otras prohibiciones establecidas en la presente Ley y la omisión de actuaciones que fueren obligatorias conforme a ella.

Artículo 91. 1. Las infracciones se clasificarán en leves y graves.

2. Serán infracciones graves:

a) La alteración de hitos de los deslindes.

b) La ejecución no autorizada de obras e instalaciones en el dominio público marítimo-terrestre, así como el aumento de superficie, volumen o altura construídos sobre los autorizados.

c) La extracción no autorizada de áridos y el incumplimiento de las limitaciones a la propiedad sobre los mismos.

d) La interrupción de los accesos públicos al mar y de la servidumbre de tránsito.

e) La realización de construcciones no autorizadas en la zona de servidumbre de protección.

f) Las acciones u omisiones que impliquen un riesgo para la salud o seguridad de vidas humanas, siempre que no constituyan delito, y, en todo caso, el vertido no autorizado de aguas residuales.

g) La utilización de dominio público marítimo-terrestre y de sus zonas de servidumbre para los usos no permitidos por la presente Ley.

h) La realización, sin el título administrativo exigible conforme a esta Ley, de cualquier tipo de obras o instalaciones en las zonas de servidumbre definidas en esta Ley, siempre que se hubiera desatendido el requerimiento expreso de la Administración para la cesación de la conducta abusiva o que, habiéndose notificado la incoación de expediente sancionador, se hubiere persistido en tal conducta.

i) Las acciones u omisiones que produzcan daños irreparables o de difícil reparación en el dominio público o supongan grave obstáculo al ejercicio de las funciones de la Administración.

j) La reincidencia en faltas leves antes del plazo establecido para su prescripción.

3. Tendrán el carácter de infracciones leves las acciones u omisiones previstas en el artículo 90 que no estén comprendidas en la enumeración del apartado anterior.

Artículo 92. El plazo de prescripción de las infracciones será de cuatro años para las graves y un año para las leves, a partir de su total consumación. No obstante, se exigirá la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior, cualquiera que sea el tiempo transcurrido.

Artículo 93. Serán responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas siguientes:

a) En el caso de incumplimiento de las condiciones de un título administrativo, el titular de éste.

b) En otros casos, el promotor de la actividad, el empresario que la ejecuta y el técnico director de la misma.

c) En las infracciones derivadas del otorgamiento de títulos administrativos que resulten contrarios a lo establecido

en la presente Ley y cuyo ejercicio ocasione daños graves al dominio público o a terceros, serán igualmente responsables:

1.º Los funcionarios o empleados de cualquier Administración Pública que informen favorablemente el otorgamiento del correspondiente título, que serán sancionados por falta grave en vía disciplinaria, previo el correspondiente expediente.

2.º Las autoridades y los miembros de órganos colegiados de cualesquiera Corporaciones o Entidades públicas que resuelvan o voten a favor del otorgamiento del título, desoyendo informes preceptivos y unánimes en que se advierta expresamente de la ilegalidad, o cuando no se hubieran recabado dichos informes. La sanción será de multa de la cuantía que corresponda en cada caso por aplicación de los criterios de la presente Ley.

La procedencia de indemnización por los daños y perjuicios que sufran los particulares en los supuestos contemplados en este apartado se determinará conforme a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Adminsitración. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.

CAPITULO II

Sanciones

SECCION 1.ª DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 94. 1. Toda acción u omisión que sea constitutiva de infracción será sancionada con la multa que proceda según los artículos 97 y 98.

2. Si un mismo hechos u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción. No obstante, los titulares de concesiones otorgadas con arreglo a la presente Ley podrán ser siempre sancionados por las infracciones que en ella se establecen, con independencia de otras responsabilidades que, en su caso, sean exigibles.

3. Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa.

4. En caso de reincidencia en infracciones graves se podrá declarar la inhabilitación para ser titular de autorizaciones y concesiones por un plazo de uno a tres años.

Artículo 95. 1. Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente.

2. Cuando la infracción derive del incumplimiento de las condiciones del título administrativo se declarará su caducidad, cuando sea procedente, conforme a lo previsto en el artículo 79.

3. Asimismo se iniciarán los procedimientos de suspensión de los efectos y anulación de los actos administrativos en los que presuntamente pudiera ampararse la actuación ilegal.

Artículo 96. La sanciones impuestas por infracciones graves, una vez firmes, se harán públicas en la forma que se determine reglamentariamente.

SECCION 2.ª MULTAS

Artículo 97. 1. Para las infracciones graves, la sanción será:

a) En los supuestos de los aparta-

dos a), d), f), g) e i) del artículo 91.2, multa de hasta 50 millones de pesetas.

b) En los supuestos de los apartados b), e) y h) del citado artículo, multa del 50 por 100 del valor de las obras e instalaciones cuando estén en dominio público o en la zona de servidumbre de tránsito y del 25 por 100 en el resto de la zona de servidumbre de protección.

c) En los supuestos del apartado c), multa equivalente al 100 por 100 del valor de los materiales extraídos o hasta 50 millones de pesetas en caso de incumplimiento de las limitaciones a la propiedad.

d) En los supuestos del apartado j), la multa que proceda por aplicación de lo establecido en los apartados anteriores, según la naturaleza de la infracción.

2. Para las infracciones leves la sanción será de multa, en la cuantía que se determine reglamentariamente para cada tipo de infracción, aplicando los criterios del apartado anterior, de modo que aquélla no sea superior a la mitad de la que resultaría con arreglo a dichos criterios, ni, en todo caso, a 10.000.000 de pesetas.

3. Se considerará como como circunstancia atenuante, pudiendo reducirse la cuantía de la multa hasta la mitad, el haber procedido a corregir la situación creada por la comisión de la infracción, en el plazo que se señale en el correspondiente requerimiento.

Artículo 98. El incumplimiento por parte de las empresas suministradoras de servicios de las obligaciones establecidas en los artículos 39 y 103 dará lugar a que por la Administración competente se les imponga una multa del tanto al quíntuplo del importe de la acometida, sin perjuicio de otras sanciones que resultasen procedentes.

Artículo 99. 1. La imposición de las multas corresponderá a la Administración competente por razón de la materia. Cuando lo sea la Administración del Estado, estarán facultados, con arreglo a los límites que se fijan a continuación, los siguientes órganos:

a) Jefe del Servicio Periférico, hasta 1.000.000 de pesetas.

b) Delegado Insular del Gobierno, Gobernador Civil o Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, en su caso, hasta 5.000.000.

c) Director general, hasta 25.000.000.

d) Ministro, hasta 100.000.000.

e) Consejo de Ministros, más de 100.000.000.

2. Estos límites podrán ser actualizados mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros.

3. Las Comunidades Autónomas podrán imponer multas de hasta 200.000.000 de pesetas en el ámbito de su competencia de ejecución de la legislación estatal en materia de vertidos industriales y contaminantes.

4. Los Alcaldes, en materia de competencia municipal según esta Ley, podrán imponer multas de hasta 1.000.000 de pesetas.

SECCION 3.ª RESTITUCION Y REPOSICION E INDEMNIZACION

Artículo 100. 1. Cuando la restitución y reposición a que se refiere el artículo 95.1 no fueran posibles y, en todo caso, cuando subsitan daños irreparables y perjuicios, los responsables de la infracción deberán abonar las indemnizaciones que procedan, fijadas ejecutoriamente por la Administración.

2. Cuando los daños fueren de difícil evaluación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) Coste teórico de la restitución y reposición.

b) Valor de los bienes dañados.

c) Coste del proyecto o actividad causante del daño.

d) Beneficio obtenido con la actividad infractora.

3. Cuando el beneficio sea superior a la indemnización se tomará para ésta, como mínimo, la cuantía de aquél.

CAPITULO III

Procedimiento y medios de ejecución

SECCION 1.ª PROCEDIMIENTO

Artículo 101. 1. Los funcionarios y autoridades correspondientes estarán obligados a formular las denuncias, tramitar las que se presenten y resolver las de su competencia, imponiendo las sanciones procedentes.

2. A los efectos indicados, los funcionarios y agentes de la Administración estarán facultados para acceder a los terrenos de propiedad privada en que hubieren de realizarse las comprobaciones y actuaciones correspondientes.

Artículo 102. Advertida la existencia de una posible infracción, el órgano competente, previas las diligencias oportunas, incoará al presunto infractor expediente sancionador y le notificará el pliego de cargos para que aquél formule las alegaciones que estime oportunas, comunicándole seguidamente la resolución.

Artículo 103. 1. Cuando se trate de obras ilegales en curso de ejecución, el órgano competente ordenará su paralización en el momento de la incoación del expediente sancionador. Cuando se trate de instalaciones en explotación, dispondrá la suspensión del uso o actividad indebidos, una vez desestimadas, en su caso, las alegaciones pertinentes. En ambos casos se podrá proceder al precinto de las obras o instalaciones.

2. Las empresas de servicios a que se refiere el artículo 39 suspenderán el suministro a requerimiento de la Administración.

Artículo 104. 1. Para la efectividad de la paralización, prohibición o suspensión previstas en el artículo anterior, así como para la recuperación de oficio del dominio público a que se refiere el artículo 10.2, el órgano competente interesará, cuando sea necesario, la colaboración de la fuerza pública.

2. Cuando el interesado hubiese incumplido la orden de paralización, se procederá al precinto o la retirada de los materiales preparados para ser utilizados en las obras y la maquinaria afecta a las mismas. En este último caso el interesado podrá recuperar los materiales retirados, previo abono de los gastos de transporte y custodia.

Artículo 105. Cuando no fuera procedente la paralización o suspensión de una instalación de tratamiento y depuración de vertidos y se derivasen graves inconvenientes del incumplimiento de las condiciones estipuladas, la Administración, previo requerimiento al titular para que corrija las deficiencias en el plazo que se le indique, y en caso de que no las corrigiese, procederá a su ejecución subsidiaria a costa de aquél.

Artículo 106. Durante el tiempo de paralización, prohibición o suspensión, la Administración no asumirá ningún tipo de obligación laboral del titular de la actividad afectada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 57.4 del Estatuto de los Trabajadores.

SECCION 2.ª EJECUCION FORZOSA

Artículo 107. 1. Tanto el importe de las multas como el de las responsabilidades administrativas podrán ser exigidos por la vía administrativa de apremio.

2. En el caso de que se acuerde la suspensión de la ejecución de la multa o de la reparación, el interesado estará obligado a garantizar su importe para que la suspensión sea efectiva.

3. Los órganos sancionadores po-

drán imponer multas coercitivas cuando transcurran los plazos señalados en el requerimiento correspondiente, y conforme a lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo. La cuantía de cada una de ellas no superará el 20 por 100 de la multa fijada para la infracción cometida.

4. Asimismo, podrá procederse a la ejecución subsidiaria por cuenta del infractor y a su costa.

Artículo 108. El desahucio administrativo de quienes ocupen de forma indebida y sin título bastante bienes del dominio público marítimo-terrestre se decretará por el órgano competente, previo requerimiento al usurpador para que cese en su actuación, con un plazo de ocho días para que pueda presentar alegaciones, y en caso de resistencia activa o pasiva a dicho requerimiento. Los gastos que se causen serán a cuenta de los desahuciados.

SECCION 3.ª. ACCION PUBLICA

Artículo 109. 1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación.

2. La Administración, comprobada la existencia de la infracción y siempre que el hecho denunciado no sea materia de un expediente sancionador ya finalizado o en trámite, abonará a los particulares denunciantes los gastos justificados en que hubieran incurrido.

TITULO VI

Competencias administrativas

CAPITULO PRIMERO

Competencias de la Administración del Estado

Artículo 110. Corresponde a la Administración del Estado, en los términos establecidos en la presente Ley:

a) El deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, así como su afectación y desafectación, y la adquisición y expropiación de terrenos para su incorporación a dicho dominio.

b) La gestión del dominio público marítimo-terrestre, incluyendo el otorgamiento de adscripciones, concesiones y autorizaciones para su ocupación y aprovechamiento, la declaración de zonas de reserva, las autorizaciones en las zonas de servidumbre y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, así como las de instalaciones marítimas menores, tales como embarcaderos, pantalanes, varaderos y otras análogas que no formen parte de un puerto o estén adscritas al mismo.

c) La tutela y policía del dominio público marítimo-terrestre y de sus servidumbres, así como la vigilancia del cumplimiento de las condiciones con arreglo a las cuales hayan sido otorgadas las concesiones y autorizaciones correspondientes.

d) El ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en las transmisiones de los yacimientos de áridos y, en su caso, la expropiación de los mismos.

e) La realización de mediciones y aforos, estudios de hidráulica marítima e información sobre el clima marítimo.

f) La aprobación de las normas elaboradas conforme a lo establecido en los artículos 22 y 34 de la presente Ley.

g) Las obras y actuaciones de interés general o las que afecten a más de una Comunidad Autónoma.

h) La autorización de los vertidos, salvo los industriales y contaminantes desde tierra al mar.

i) La elaboración y aprobación de las disposiciones sobre vertidos, seguridad humana en lugares de baño y salvamento marítimo.

j) La iluminación de costas y señales marítimas.

k) La prestación de toda clase de servicios técnicos relacionados con el ejercicio de las competencias anteriores y el asesoramiento a las Comunidades

Autónomas, Corporaciones Locales y demás Entidades públicas o privadas y a los particulares que lo soliciten.

l) La ejecución de los acuerdos y convenios internacionales en las materias de su competencia y, en su caso, la coordinación e inspección de su cumplimiento por las Comunidades Autónomas, pudiendo adoptar, si procede, las medidas adecuadas para su observancia.

m) La implantación de un Banco de Datos Oceanográfico que sirva para definir las condiciones de clima marítimo en la costa española, para lo cual las distintas Administraciones Públicas deberán suministrar la información que se les recabe. Reglamentariamente, se determinará el procedimiento de acceso a la información, que estará a disposición de quien lo solicite.

Artículo 111. 1. Tendrán la calificación de obras de interés general y serán competencia de la Administración del Estado:

a) Las que sean necesarias para la protección, defensa y conservación del dominio público marítimo-terrestre, así como su uso.

b) Las de creación, regeneración y recuperación de playas.

c) Las de acceso público al mar no previstas en el planeamiento urbanístico.

d) Las emplazadas en el mar y aguas interiores, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre acuicultura, en su caso.

e) Las de iluminación de costas y señales marítimas.

2. La ejecución de las obras de interés general enumeradas en el apartado anterior no podrá ser suspendida por otras Administraciones públicas, sin perjuicio de la interposición de los recursos que procedan.

3. La Administración del Estado quedará exenta del abono de tasas por la expedición de las licencias que sean exigibles con arreglo a la legislación urbanística.

Artículo 112. Corresponde también a la Administración del Estado emitir informe, con carácter preceptivo y vinculante, en los siguiente supuestos:

a) Planes y normas de ordenación territorial o urbanística y su modificación o revisión, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones de esta Ley y de las normas que se dicten para su desarrollo y aplicación.

b) Planes y autorizaciones de vertidos industriales y contaminantes al mar desde tierra, a efectos del cumplimiento de la legislación estatal y de la ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

c) Proyectos de construcción de nuevos puertos y vías de transporte de competencia de las Comunidades Autónomas, ampliación de los existentes o de su zona de servicio, y modificación de su configuración exterior, conforme a lo previsto en el artículo 49.

d) Declaraciones de zonas de interés para cultivos marinos, concesiones y autorizaciones, de acuerdo con la legislación específica.

Artículo 113. Las competencias que la presente Ley atribuye a la Administración del Estado serán ejercidas a través de la estructura administrativa que reglamentariamente se determine.

CAPITULO II

Competencias de las Comunidades Autónomas

Artículo 114. Las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias que, en las materias de ordenación territorial y del litoral, puertos, urbanismo, vertidos al mar y demás relacionados con el ámbito de la presente Ley tengan atribuidas en virtud de sus respectivos Estatutos.

CAPITULO III

Competencias municipales

Artículo 115. Las competencias municipales, en los términos previstos por la legislación que dicten las Comunidades Autónomas, podrán abarcar los siguientes extremos:

a) Informar los deslindes del dominio público marítimo-terrestre.

b) Informar las solicitudes de reservas, adscripciones, autorizaciones y concesiones para la ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre.

c) Explotar, en su caso, los servicios de temporada que puedan establecerse en las playas por cualquiera de las formas de gestión directa o indirecta previstas en la legislación de Régimen Local.

d) Mantener las playas y lugares públicos de baño en las debidas condiciones de limpieza, higiene y salubridad, así como vigilar la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la Administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas.

CAPITULO IV

Relaciones interadministrativas

Artículo 116. Las Administraciones públicas cuyas competencias incidan sobre el ámbito espacial contemplado en la presente Ley ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a aquéllas.

Artículo 117. 1. En la tramitación de todo planeamiento territorial y urbanístico que ordene el litoral, el órgano competente, para su aprobación inicial, deberán enviar, con anterioridad a dicha aprobación, el contenido del proyecto correspondiente a la Administración del Estado para que ésta emita, en el plazo de un mes, informe comprensivo de las sugerencias y observaciones que estime convenientes.

2. Concluída la tramitación del plan o normas de que se trate e inmediatamente antes de la aprobación definitiva, la Administración competente dará traslado a la del Estado del contenido de aquél para que en el plazo de dos meses se pronuncie sobre el mismo. En caso de que el informe no sea favorable en aspectos de su competencia, se abrirá un período de consultas, a fin de llegar a un acuerdo. Si, como resultado de este acuerdo, se modificara sustancialmente el contenido del plan o normas, deberá someterse nuevamente a información pública y audiencia de los Organismos que hubieran intervenido preceptivamente en la elaboración.

3. El cumplimiento de los trámites a que se refiere el apartado anterior interumpirá el cómputo de los plazos que para la aprobación de los planes de ordenación se establecen en la legislación urbanística.

Artículo 118. A fin de asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones Públicas en la Zona Litoral, se atribuye a la Administración del Estado la facultad de coordinar la actividad de la Administración Local implicada, en los términos del artículo 59 de la *Ley reguladora de las Bases del Régimen Local*.

CAPITULO V

Impugnación de actos y acuerdos

Artículo 119. Se declaran contrarios al interés general los actos y acuerdos que infrinjan la presente Ley o las normas aprobadas conforme a la misma, y podrán ser impugnados directamente por la Administración del Estado, autonómica o local, ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con petición expresa de suspensión. El Tribunal se pronunciará sobre dicha suspensión en el primer trá-

mite siguiente a la petición de la misma.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- 1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución, los titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la presente Ley pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, a cuyo efecto deberán solicitar la correspondiente concesión en el plazo de un año a contar desde la mencionada fecha. La concesión se otorgará por treinta años, prorrogables por otros treinta, respetando los usos y aprovechamientos existentes, sin obligación de abonar canon, y se inscribirá en el Registro a que se refiere el artículo 37.3.

2. Los terrenos de la zona marítimo-terrestre o playa que no hayan podido ser ocupados por la Administración al practicar un deslinde anterior a la entrada en vigor de esta Ley, por estar amparados por los títulos a que se refiere el artículo 6.3 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, quedarán sujetos al régimen establecido en la presente Ley para la utilización del dominio público, si bien los titulares inscritos podrán solicitar, en el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, la legalización de usos existentes, mediante la correspondiente concesión, en los términos de la disposición transitoria cuarta. Asimismo, tendrán preferencia, durante un período de diez años, para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que, en su caso, puedan otorgarse sobre dichos terrenos. Todo ello sin perjuicio de las acciones civiles que aquéllos puedan ejercitar en defensa de sus derechos.

3. En los tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo esté parcialmente a la entrada en vigor de la presente Ley, se procederá a la práctica del correspondiente deslinde, cuya aprobación sutirá los efectos previstos en el artículo 13 para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público, aunque hayan sido ocupados por obras.

4. En los tramos de costa en que esté completado el deslinde del dominio público marítimo-terrestre a la entrada en vigor de esta Ley, pero haya de practicarse uno nuevo para adecuarlo a las características establecidas en aquélla para los distintos bienes, los terrenos que resulten comprendidos entre la antigua y la nueva delimitación quedarán sujetos al régimen establecido en el apartado primero de esta disposición, computándose el plazo de un año para la solicitud de la concesión a que el mismo se refiere a partir de la fecha de aprobación del correspondiente deslinde.

Segunda.- 1. Los terrenos sobrantes y desafectados del dominio público marítimo, conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, que no hayan sido enajenados o recuperados por sus antiguos propietarios a la entrada en vigor de la presente Ley, y los del Patrimonio del Estado en que concurran las circunstancias previstas en el artículo 17 de la misma, serán afectados al dominio público marítimo-terrestre, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo, una vez que se proceda a la actualización del deslinde, no pudiendo mientras tanto ser enajenados ni afectados a otras finalidades de uso o servicio público.

2. Los terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta Ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuarán siendo de dominio público en todo caso. Los terrenos ganados al mar y los desecados en su ribera sin tí-

tulo administrativo suficiente continuarán siendo de dominio público.

3. Los islotes de propiedad particular con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley conservarán esta condición, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre seguirán siendo de dominio público en todo caso.

Tercera.- 1. Las disposiciones contenidas en el título II sobre las zonas de servidumbre de protección y de influencia serán aplicables a los terrenos que a la entrada en vigor de la presente Ley estén clasificados como suelo urbanizable no programado y suelo no urbanizable. Las posteriores revisiones de la ordenación que prevean la futura urbanización de dichos terrenos y su consiguiente cambio de clasificación deberán respetar íntegramente las citadas disposiciones.

2. En los terrenos que, a la entrada en vigor de la presente Ley, estén clasificados como suelo urbanizable programado o apto para la urbanización se mantendrá el aprovechamiento urbanístico que tengan atribuido, aplicándose las siguientes reglas:

a) Si no cuentan con Plan parcial aprobado definitivamente, dicho Plan deberá respetar íntegramente y en los términos del apartado anterior las disposiciones de esta Ley, siempre que no se dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística.

b) Si cuentan con Plan parcial aprobado definitivamente, se ejecutarán las determinaciones del Plan respectivo, con sujeción a lo previsto en el apartado siguiente para el suelo urbano. No obstante, los Planes parciales aprobados definitivamente con posterioridad al 1 de enero de 1988 y antes de la entrada en vigor de esta Ley, que resulten contrarios a lo previsto en ella, deberán ser revisados para adaptarlos a sus disposiciones, siempre que no se dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística. La misma regla se aplicará a los Planes parciales cuya ejecución no se hubiera llevado a efecto en el plazo previsto por causas no imputables a la Administración, cualquiera que sea la fecha de su aprobación definitiva.

3. Los terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la presente Ley estarán sujetos a las servidumbres establecidas en ella, con la salvedad de que la anchura de la servidumbre de protección será de 20 metros. No obstante, se respetarán los usos y construcciones existentes, así como las autorizaciones ya otorgadas, en los términos previstos en la disposición transitoria cuarta. Asimismo, se podrán autorizar nuevos usos y construcciones de conformidad con los planes de ordenación en vigor, siempre que se garantice la efectividad de la servidumbre y no se perjudique el dominio público marítimo-terrestre, según se establezca reglamentariamente. El señalamiento de alineaciones y rasantes, la adaptación o reajuste de los existentes, la ordenación de los volúmenes y el desarrollo de la red viaria se llevará a cabo mediante Estudios de Detalle y otros instrumentos urbanísticos adecuados, que deberán respetar las disposiciones de esta Ley y las determinaciones de las normas que se aprueben con arreglo a la misma.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la ordenación territorial y urbanística del litoral existente a la entrada en vigor de la presente Ley deberá adecuarse a las normas generales y específicas que se aprueben conforme a lo previsto en los artículos 22 y 34.

5. Las servidumbres de paso al mar actualmente existentes se mantendrán en los términos en que fueron impuestas.

6. Los accesos públicos al mar actualmente existentes y los construidos en virtud del planeamiento urbanístico aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley permanecerán destinados al uso público, abriéndose al mismo cuando no lo estuvieren.

Cuarta.- 1. Las obras e instalaciones construidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, sin la autorización o concesión exigible con arreglo a la legislación de costas entonces vigente, serán demolidas cuando no proceda su legalización por razones de interés público.

2. En las obras e instalaciones legalizadas conforme a lo previsto en el apartado anterior, así como en las construidas o que puedan construirse al amparo de licencia municipal y, cuando fuera exigible, autorización de la Administración del Estado otorgada con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, que resulten contrarias a lo establecido en la misma, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Si ocupan terrenos de dominio público marítimo-terrestre, serán demolidas al extinguirse la concesión.

b) Si se emplazan en la zona de servidumbre de tránsido, no se permitirán obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exija la higiene, ornato y conservación previa autorización de la Administración del Estado. Esta no se otorgará si no se garantiza cuando sea necesario la localización alternativa de la servidumbre.

c) En el resto de la zona de servidumbre de protección y en los términos en que la misma se aplica a las diferentes clases de suelo conforme a lo establecido en la disposición transitoria tercera, podrán realizarse, previa autorización de la Administración del Estado, obras de reparación y mejora, siempre que no implique aumento de volumen de las construcciones existentes y sin que el incremento de valor que aquéllas comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios. En caso de demolición total o parcial, las nuevas construcciones deberán ajustarse íntegramente a las disposiciones de esta Ley.

Quinta.- 1. En el plazo de dos años y previamente a la inscripción, en su caso, en el Registro a que se refiere el apartado 3 del artículo 37, las Comunidades autónomas adoptarán las resoluciones administrativas correspondientes para que se adecuen a lo establecido en el apartado 2 del artículo 57 las autorizaciones o concesiones de vertidos directos contaminantes al mar desde tierra, de forma que se culmine el proceso de adaptación en el plazo máximo de cuatro años.

2. Asimismo en el plazo de dos años y previamente a la inscripción, en su caso, en el correspondiente Registro, la Administración del Estado revisará las características y el cumplimiento de las condiciones de las reservas, adscripciones y concesiones vigentes a la promulgación de esta Ley. Las concesiones podrán ser revocadas, total o parcialmente, además de por las causas previstas en el título correspondiente, cuando resulten incompatibles con los criterios de ocupación del dominio público establecidos en la presente Ley. La indemnización se determinará, en su caso, por aplicación de lo previsto en las cláusulas de la concesión o, en su defecto, en la legislación en cuya virtud se otorgó aquélla.

Sexta.- 1. En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesión existente a la entrada en vigor de esta Ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollen.

2. Extinguidas las concesiones otorgadas con anterioridad a esta Ley, y que no resulten contrarias a lo dispuesto en ella, la Administración competente resolverá sobre el mantenimiento o levantamiento de las instalaciones. En caso de que se opte por el mantenimiento será de aplicación lo previsto en el apartado 3 del artículo 72.

3. Los que a la promulgación de esta Ley hayan adquirido el derecho a la utilización o aprovechamiento del dominio público marítimo al amparo

del artículo 57 del Decreto-ley de Puertos de 1928, deberán solicitar de la Administración del Estado, dentro del plazo de un año, la expedición del título correspondiente, que les será otorgado a la vista del acta de notoriedad que a tal efecto aporten. Si no lo solicitaren en dicho plazo se entenderá que han desistido de tal derecho. El título se otorgará por un plazo máximo de diez años.

Séptima.- 1. En los supuestos de obras, instalaciones o actividades en zona de servidumbre de protección en tramos de costa no deslindados conforme a lo previsto en esta Ley la Administración del Estado exigirá la autorización a que se refiere el artículo 26, a cuyo efecto definirá provisionalmente y hará pública acompañada del correspondiente plano la línea probable de deslinde y la extensión de la zona de servidumbre en el plazo máximo de un mes, a contar desde la fecha de solicitud de la autorización o del requerimiento para que ésta se solicite. No obstante, en caso de discrepancia, el otorgamiento de la autorización quedará condicionado a la aprobación previa o simultánea del deslinde, que se tramitará con carácter preferente.

2. En los casos en que se pretenda la ocupación de terrenos de dominio público todavía no deslindados conforme a lo previsto en esta Ley el peticionario deberá solicitar el deslinde, a su costa, simultáneamente con la solicitud de concesión o autorización, pudiendo tramitarse al mismo tiempo ambos expedientes de deslinde y concesión. En caso de solicitud de concesión, su otorgamiento no podrá ser previo a la aprobación del deslinde.

Igualmente las obras a realizar por las Administraciones Públicas no podrán ejecutarse sin que exista deslinde aprobado.

3. El artículo 44.5 no será de aplicación a las zonas clasificadas como urbanas a la promulgación de esta Ley, en casos debidamente justificados.

Octava.- Las acciones u omisiones cometidas con anterioridad a la presente Ley que supongan infracción según la legislación anterior, serán corregidas aplicando la sanción que resulte más benévola entre ambas legislaciones.

Novena.- 1. En tanto no se promulguen las correspondientes disposiciones reglamentarias de la presente Ley, las solicitudes de autorizaciones y concesiones se tramitarán con arreglo al Reglamento de Costas de 23 de mayo de 1980. No obstante, no podrán incluirse prescripciones contrarias a lo dispuesto en esta Ley.

2. Asimismo, hasta que se cumplimente lo previsto en el artículo 113, las competencias que esta Ley atribuye a la Administración del Estado continuarán ejerciéndose en la forma y por los Departamentos u Organismos que las tienen actualmente encomendadas.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.- Las distancias contenidas en esta Ley se consideran aplicadas en proyección horizontal. Los términos exterior e interior se consideran referidos hacia el mar y hacia la tierra respectivamente.

Segunda.- El régimen arancelario de las inscripciones que se practiquen en los Registros de la Propiedad de los bienes de dominio público a que se refiere la presente Ley será determinado por Real Decreto, atendiendo al costo del servicio registral.

Tercera.- 1. Se declaran de utilidad pública, a efectos de expropiación, los terrenos de propiedad particular a que se refiere la disposición transitoria segunda, así como los incluidos en la zona de servidumbre de protección que se estimen necesarios para la defensa y el uso del dominio público marítimo-terrestre.

2. El justiprecio de las expropiaciones que se realicen al amparo de lo previsto en el apartado anterior se determinará exclusivamente por aplica-

ción de los criterios de valoración establecidos en la legislación urbanística.

3. La Administración del Estado tendrá derecho de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas intervivos de los bienes mencionados en el apartado 1, a cuyo efecto deberá ser notificada por escrito. El derecho de tanteo podrá ejercerse en el plazo de tres meses y el de retracto en el de un año, ambos a contar desde la correspondiente notificación, que comprenderá las condiciones esenciales de las transmisión.

Cuarta.- 1. Las autorizaciones para obras y otras actividades en el dominio privado deberán ejercitarse en el plazo señalado para ello, que no podrá exceder de dos años, transcurrido el cual quedarán sin efecto, salvo cuando la falta de ejercicio sea imputable a la Administración.

Quinta.- 1. En caso de ser necesarias para un mismo supuesto una concesión o autorización de dominio y otra de servicio o funcionamiento, el otorgamiento de la primera o su conformidad tendrá carácter previo e independiente del de la segunda.

2. Las autorizaciones y concesiones obtenidas según esta Ley no eximen a sus titulares de obtener las licencias, permisos y otras autorizaciones que sean exigibles por otras disposiciones legales. No obstante, cuando se obtengan con anterioridad al título administrativo exigible conforme a esta Ley, su eficacia quedará demorada al otorgamiento del mismo, cuyas cláusulas prevalecerán en todo caso.

Sexta.- Las limitaciones en el uso del suelo, previstas en esta Ley se aplicarán sin menoscabo de las competencias que las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos puedan ejercer en materia de ordenación del territorio y del litoral y urbanismo.

Séptima.- Las disposiciones contenidas en la presente Ley se aplicarán sin perjuicio de lo previsto en los Convenios Internacionales de los que España sea parte.

Octava.- Las disposiciones contenidas en el título V de esta Ley serán aplicables a los vertidos que se realicen en el mar desde buques y aeronaves en defecto de legislación específica.

DISPOSICION DEROGATORIA

1. Quedan derogadas las disposiciones siguientes, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final primera:

Los capítulos VIII y IX de la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, en cuanto se refiere al dominio público marítimo.

Leyes de Paseos Marítimos, de 24 de julio de 1918 y de 28 de diciembre de 1957.

Los artículos 1, apartado 1.º, 2, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56 y 57 del Decreto-ley de Puertos, de 19 de enero de 1928, y sus concordantes de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, referidos al ámbito de la presente Ley.

Los artículos 17.1, c), d), 17.2, 19 y 21.1, e), de la Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional, de 28 de diciembre de 1963, en cuanto se refiere el dominio público marítimo-terrestre.

Ley de Costas, de 26 de abril de 1969.

El artículo 18 de la Ley de Puertos Deportivos, de 26 de abril de 1969.

Ley de Protección de las Costas Españolas, de 10 de marzo de 1980.

2. Quedan igualmente derogadas las demás disposiciones de carácter general que se opongan a lo establecido en esta Ley.

3. El Gobierno, en el plazo de seis meses, mediante Real Deceto, completará la tabla de vigencias de las disposiciones afectadas por la presente Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- Las funciones de la Administración del Estado en el mar territo-

rial, aguas interiores, zona económica y plataforma continental en materia de defensa, pesca y cultivos marinos, salvamento, lucha contra la contaminación, seguridad de la vida humana en el mar, extracciones de restos, protección del patrimonio arqueológico español, investigación y explotación de recursos u otras no reguladas en la presente Ley, se ejercerán en la forma y por los Departamentos u Organismos que las tengan encomendadas a la entrada en vigor de la misma, sin perjuicio de lo establecido en la legislación específica o en los Convenios Internacionales que, en su caso, sean de aplicación.

Hasta tanto se produzca la determinación reglamentaria de la estructura administrativa afectada por esta Ley, las competencias relativas al otorgamiento de autorizaciones en la zona de servidumbre de protección, a las limitaciones a la propiedad sobre los áridos, a la aprobación de normas reguladoras de la protección y utilización de la ribera del mar y de sus zonas de servidumbre, a las obras de defensa y regeneración de playas, incluyendo los trabajos de dragado necesarios, y al informe de los planes de ordenación territorial y urbanística del litoral a que se refiere el artículo 112 a), serán ejercidas por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

Segunda.- 1. En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la presnete Ley, el Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo, aprobará el Reglamento general para su desarrollo y ejecución.

2. Asimismo el Gobierno dictará, a propuesta de los Ministros en cada caso competentes, las demás disposiciones que resulten necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en esta Ley.

Tercera.- Esta Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «*Boletín Oficial del Estado*».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palma de Mallorca a 28 de julio de 1988.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

2. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA PENAL MILITAR*

Antonio MILLAN GARRIDO
Comandante Auditor
Catedrático de la Universidad de Cádiz

Sentencia de 25 de enero de 1988
(Cuarta Región Militar)
Casación
Insulto de obra a Superior. Atentado a agente de la Autoridad. Lesiones
Preceptos: Arts. 5, 35, 37, 99, 3º CPM; 9, 1ª, 66, 231, 236 y 583, 1º CP.
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Cortes Alvarez de Miranda

ANTECEDENTES

Antes de entrar de servicio, el Guardia Civil Don J.C.V. pretendió en el Hostal "R" que se le sirviese una consumición sin esperar el turno, que correspondía al paisano P.D. Al no conseguirlo, C.V., quien había estado con anterioridad tomando, en compañía de unos amigos, distintas bebidas alcohólicas, agredió al paisano en el Hostal y, de nuevo, fuera de él cuando intentaba marcharse.

Avisada la Guardia Civil, llegó el Guardia 2º Don A.L.S., quien, tras separar a C.V. del paisano, les indicó a ambos que le acompañasen a la Casa Cuartel. En sus proximidades, de nuevo el Guardia C.V. acometió a P.D., interviniendo el Guardia L.S., a quien se resitió el inculpado, que empleó fuerza sobre su compañero, actuante en esos momentos como agente de la Autoridad, hasta intentar incluso arrebatarle la pistola, lo que no consiguió. Recibieron golpes tanto el paisano P.D. como el Guardia L.S.

Ya en las dependencias de la Guardia Civil, el Sargento Comandante del Puesto Don F.D.G. preguntó a C.V. por lo ocurrido, respondiendo éste con signos externos de violencia en tono descompuesto, acompañados de palabras y frases insultantes y amenazantes, que concluyeron con un desplazamiento brusco del Suboficial a fin de pegar de nuevo al paisano. En este momento, el Sargento y los Guardias trataron de contener a C.V., pero

(*) Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar correspondiente al primer cuatrimestre del 1988.

éste les agredió y, golpeando al Suboficial, escapó, profiriendo insultos, para hacerse con un arma, tras lo cual fue definitivamente reducido.

El Consejo de Guerra entendió que los hechos eran constitutivos de: a) un delito de insulto de obra a Superior (art. 99, 3º CPM), "por cuanto el encausado el día de autos, sin encontrarse en acto de servicio o con ocasión del mismo, emplea violencia en la persona de su Superior en ese momento, cual era el Sargento de la Guardia Civil que estaba al mando de aquella Fuerza del Orden en la localidad donde se desarrollan los acontecimientos"; b) un delito de atentado contra agente de la Autoridad, previsto en el artículo 231, 2º CP y penado en el artículo 236 del mismo Código, "toda vez que se ha acometido a un miembro de la Benemérita, empleando fuerza contra él e incluso intentando arrebatarle el arma, que en ese momento actuaba como agente de la Autoridad, en ejercicio de una función de su cargo, cual era la de poner orden en el lugar donde se estaban produciendo agresiones y llevar a los participantes a la Casa Cuartel para el esclarecimiento de los hechos"; c) asimismo, el inculpado, con su agresión al Guardia incurre en una falta incidental de lesiones del artículo 583, 1º CP "y ello al haber fehaciencia y estimarse probado por el Consejo el resultado de la fuerza empleada por el sujeto activo sobre su compañero, y que se concreta en un hematoma en cara externa derecha del cuello"; d) por último, se aprecia otra falta incidental de lesiones (art. 583, 1º CP), "por lo que afecta a la agresión consumada y padecida por el paisano P.D., al haber sufrido éste una ligera erosión en región ciliar del ojo izquierdo y erosiones ligeras superficiales en la cara anterior del cuello, con ausencia de gastos derivados de lo sucedido".

Con base en ello, condena al Guardia Civil Don J.C.V. a la pena de ocho meses de prisión por el primer delito y a seis meses y un día de prisión menor por el segundo, en ambos casos con accesorias y efectos. Y a cinco días de arresto menor y reprensión privada por cada una de las faltas incindentales.

Por la representación del procesado se interpone recurso de casación por infracción de ley al amparo del artículo 849, 1º LECrim.: a) por aplicación indebida del artículo 35 CPM y falta de aplicación al 66 CP, "ya que en el delito de atentado no se ha impuesto la pena en el grado de un mes y un día de arresto mayor"; b) por inaplicación de los artículos 5 y 37 CPM en relación con el 66 CP, que determinan que la pena a imponer es la de tres meses y un día de prisión; c) por aplicación indebida del artículo 583, 1º CP, vulnerando el principio *non bis in idem*.

El Consejo Supremo admite el recurso por lo que al segundo motivo de casación se refiere, con base en esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que, en lo referido al delito de insulto a Superior, previsto en el artículo 99, 3º CP y sancionado teniendo en cuenta la aprecia-

ción de la circunstancia atenuante recogida en el artículo 9,1, en relación con el 8, 1, ambos del CP, por aplicación del artículo 5 del CPM, debe desestimarse el motivo de casación alegado por el recurrente de no aplicación del artículo 37 CPM para graduar la pena a imponer, teniendo en cuenta que dicho precepto faculta, pero no obliga, al Tribunal a imponer la pena inferior en grado en los supuestos de apreciación de alguna eximente incompleta, de donde se deduce el acierto del Tribunal en la imposición de la pena dentro de los límites autorizados.

CONSIDERANDO: Que, respecto al delito de atentado a agente de la Autoridad, previsto en el artículo 231, 2º CP y penado en el artículo 236 del mismo Código, ha de observarse la indebida aplicación de este último precepto en cuanto la Sentencia ha pasado por alto el hecho de que el reo fuera funcionario público –núm. 2 del artículo 232 CP–, que determinaría la imposición de una pena mayor. Sin embargo, no siendo posible en casación la *reformatio in peius,* ni habiéndose recurrido la sentencia por este motivo, ha de entrarse en la no aplicación del artículo 66 CP en relación con la existencia, declarada en la sentencia, de las atenuantes recogidas en el considerando anterior, que efectivamente debió ser aplicado en lugar del artículo 35 CPM que se efectúa en la Sentencia, por lo que sí es de apreciar este motivo de casación.

CONSIDERANDO: Que al serle de abono para el complimiento de las penas impuestas, según declara el fallo de la sentencia, el tiempo que ha estado el justiciable privado de libertad, no es posible apreciar el motivo de casación alegado por el recurrente, al no existir la vulneración del principio de *non bis in idem* en la apreciación de la falta del artículo 586, 1º CP.

SEGUNDA SENTENCIA

Los *antecedentes* son los que se contienen en la Sentencia anterior. El Consejo Supremo de Justicia Militar, tras estimar parcialmente el recurso interpuesto por el Defensor del procesado y casar, en consecuencia, la Sentencia, dicta esta segunda en la que condena al Guardia Civil Don J.C.V., como autor de un delito de insulto a superior, a tres meses y un día de prisión y, como autor de un delito de atentado a agente de la Autoridad, a la pena de treinta mil pesetas de multa, accesorias y efectos, absolviendo al procesado de las faltas incidentales que, asimismo, se le imputaban. Y ello con arreglo a la siguiente *doctrina*:

CONSIDERANDO: Que en lugar del artículo 35 CPM que se aplica en la Sentencia *a quo,* debió ser aplicado el artículo 66 CP en relación con la existencia, declarada en dicha Sentencia, de la atenuante recogida en el artículo 9,1 en relación con el 8,1, ambos del CP, tal como se expresa en el Considerando Segundo de la sentencia anterior.

Sentencia de 25 de enero de 1988
(Octava Región Militar)
Casación
Abuso de autoridad
Preceptos: arts. 334, 435, 1° y 443 CJM
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Fernández Flores

ANTECEDENTES

Cuando el Cabo 1° de Infantería J.F.M. dirigía la clase de Educación Física de su Unidad y como siquiera que sometió a los Soldados a unos ejercicios de resistencia física que les produjo agotamiento, el Soldado F.A.A., al no poder continuar las flexiones ordenadas por encontrarse exhausto, quedó tendido en el suelo. Entonces, a la vez que se acercaba para auxiliarle el Cabo M.T.P., llegó al Cabo F.M., quien, a la vez que comentaba "Si le quieres dar una patada, se la das bien", le propinó una patada en el costado al Soldado A.A., causándole una contusión simple en la región lumbar de la que tardó en curar 18 días.

El Consejo de Guerra entendió que dichos hechos "son constitutivos de un delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 334 CJM, puesto que el procesado con su conducta irrogó un perjuicio grave al Soldado lesionado, gravedad ésta que se produce, según reiterada jurisprudencia, por la comisión de un delito de lesiones, subsumido por otro lado en el de abuso de autoridad cometido, ya que el tiempo que tardó en curar el lesionado está comprendido en el artículo 422 CP, precisando asistencia facultativa durante el mismo".

En consecuencia, condena al Cabo 1° J.F.M. a la pena de seis meses y un día de prisión militar, accesorias, efectos y responsabilidad civil.

Por la Defensa del procesado se interpone recurso de casación por infracción de ley, basado en un único motivo, alegado al amparo del número 1° del artículo 849 LECrim., por cuanto que, "dados los hechos que se declaran probados en la resolución impugnada, ha resultado infringido, por aplicación indebida, el artículo 344, 1° CJM; y, por no aplicación, el artículo 443 o, en su caso, el 435, 1°, del mismo texto legal".

El Consejo Supremo de Justicia Militar, rechazando las alegaciones formuladas, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirma la Sentencia recurrida, con base en esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que el único motivo de casación alegado al amparo del artículo 849, 1° LECrim., por infracción de ley, se fundamenta en la aplicación indebida del artículo 334, 1° CJM y consiguiente inaplicación de los artículos 443 o 435, 1°, ambos del mismo Cuerpo legal, centrándose toda la argumentación, por tanto, en la apreciación de que no hubo "perjuicio grave" en el exceso arbitrario de las facultades en el ejercicio del mando,

aunque incidentalmente se aluda también a la inexistencia del propio abuso de autoridad por entender que el condenado obró en el caso con arreglo a las normas habituales y que estaban, según el recurrente, institucionalizadas.

CONSIDERANDO: Que esta argumentación es inadmisible en cuando el escrito de la Defensa, al hacer su propia valoración de los hechos, en desacuerdo con los declarados probados por la Sentencia del Tribunal *a quo,* altera éstos, considerando que no ha habido perjuicio grave, cuando la repetida Sentencia estima que sí lo ha habido tanto por el tiempo de curación como por los gastos de la misma. De donde resulta que se infringe la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo al respecto, según la cual el respeto a los hechos probados ha de ser absoluto. Y del mismo modo se alteran los hechos probados en lo referente al abuso de autoridad, base, junto con el tipo de perjuicio, de la condena del Tribunal *a quo*, ya que, pese a cualesquiera apreciaciones, el abuso de autoridad resulta manifiesto.

Sentencia de 25 de enero de 1988
(Región Militar "Centro")
Casación
Deserción
Preceptos: arts. 185, 1ª, 370, 1º, 372, CJM; 8, 1ª CP
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Fernández Flores

ANTECEDENTES

El Cabo Legionario Paracaidista J.M.P. se ausentó de su Unidad, sin permiso ni autorización de los Superiores, llevándose consigo prendas de su equipo militar valoradas en 8.600 pesetas. Fue detenido 26 días después en la plaza de M.

Según informe pericial siquiátrico, el Cabo J.M.P. "padece una debilidad mental con inteligencia límite, intensa deprivación cultural y pobre control de sus impulsos, déficit intelectual que disminuye de forma parcial, que puede llegar a ser reducción grave e importante en caso de ingestión de bebidas alcohólicas, de sus facultades de entender, querer y obrar".

El Consejo de Guerra considera estos hechos constitutivos de un delito consumado de deserción simple en tiempo de paz (arts. 370, 1º y 372 CJM), por cuanto el Cabo J.M.P., "libre y voluntariamente, sin permiso ni autorización de sus superiores, se ausentó de su Unidad permaneciendo fuera de todo control miltar por más de tres días consecutivos, sin que sea de apreciar el delito de fraude del que viene siendo acusado el procesado M.P. por cuanto no ha quedado acreditada su intención de enajenar, ceder, distraer o apropiarse de las prendas a que se ha hecho referencia".

En consencuencia, el Consejo, que aprecia la atenuante calificada de enajenación mental incompleta, condena al Cabo J.M.P. con dos meses y un día de arresto militar, accesorias y efectos, absolviéndole del delito de fraude que se le imputaba.

La Defensa del Cabo M.P. interpone recurso de casación, al amparo del artículo 849, 1 LECrim.:

1º Por infracción de los artículos 24 y 25.1 CE, "toda vez que se condena al recurrente por un delito que no existía tipificado al momento de la comisión delictiva imputada".

2º Por infracción de los artículos 370 y 372 del CJM, "infringidos por errónea aplicación, toda vez que se condena al recurrente como autor de un delito de deserción, que exige del sujeto activo del tipo penal la consideración subjetiva de militar, circunstancia ésta que no concurría en el condenado".

3º Por infracción de los artículos 181 y 182 CJM y 1 CP, "infringidos por inaplicación, toda vez que se produce la condena del acusado por unos hechos que nó son constitutivos de delito, ni de falta, al no estar expresamente tipificados por la Ley".

Al recurso se adhiere el Fiscal Togado por concurrir la eximente del artículo 8, 1ª CP.

El Consejo Supremo de Justicia Militar estima el recurso por el motivo alegado por el Fiscal, desestimándolo por los señalados por la Defensa. En consecuencia, casa y anula la Sentencia, con las consideraciones que se contienen en la siguiente

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que, examinados detenidamente los tres motivos de casación alegados por la Defensa, se centran en una única argumentación de que estamos ante un "delito imposible", por la falta de la cualidad de militar del sujeto activo del delito de deserción, al ser esta cualidad la condición primera e indispensable del mismo, la que no concurría en el condenado por haber sido éste declarado excluído del servicio militar, con posterioridad a la comisión del delito, por una causa que ya exisitía anteriormente, cuando fue admitido en dicho servicio y cuando se cometió el delito.

CONSIDERANDO: Que esta argumentación de la Defensa es absolutamente errónea, ya que, cuando se cometió el delito, el desertor tenía la cualidad militar, aunque ello se debiese a un error de la Administración, la cual condición se ostentó por el condenado hasta el momento en que formalmente fue excluído del servicio militar, sin que este acto de exclusión pueda producir efecto retroactivamente y sí sólo a partir de la fecha del mismo. Lo contrario sería introducir una doctrina inadmisible jurídicamente y altamente peligrosa en sus consecuencias reales, pues bastaría que, con posterioridad a la comisión de un delito militar, se descubriese un simple defecto físico en el sujeto activo del mismo, de los que producen exclusión del servicio en filas, inadvertido en el momento de la admisión al mismo, para que tal delito quedase impune o convertido en una falta, lo que resulta incompatible con la seguridad jurídica.

CONSIDERANDO: Que, consecuentemente, es rechazable el primer motivo de casación alegado en cuanto el delito por el que se condenó al Cabo J.M.P. estaba y está tipificado en la legislación penal militar en el momento de la realización de los actos enjuiciados y actualmente, por lo que no existe infracción de los artículos citados. Igualmente es también rechazable el segundo motivo de casación alegado, puesto que los artículos 370 y 372 CJM no fueron realmente infringidos y no hubo errónea aplicación de los mismos, ya que el sujeto activo del delito en ellos contemplado era, como se ha dicho, en el momento de la comisión del mismo, individuo de clase de tropa formalmente y ello aunque se debiera a error administrativo, posteriormente y sólo posteriormente rectificado, momento en el cual desapareció su condición militar. Del mismo modo, es rechazable el tercer motivo de casación alegado, que se refiere a la inaplicación de los artículos 181 y 182 CJM y 1 CP, en cuanto los hechos están tipificados como delito en la legislación penal militar.

SEGUNDA SENTENCIA

Los *antecedentes* son los contenidos en la Sentencia anterior. El Consejo Supremo de Justicia Militar, tras estimar el recurso de casación interpuesto y anular la Sentencia, dicta esta Segunda, en la que absuelve al Cabo J.M.P. de los delitos de deserción y fraude por lo que venía procesado. Y ello con base en la siguiente *doctrina:*

CONSIDERANDO: Que en el tiempo en que el Cabo J.M.P. estuvo ausente de su Unidad, el mismo tenía la cualidad de individuo de la clase de tropa, por cuanto su exclusión del Servicio Militar se produjo posteriormente, sin que afecte a dicha cualidad el que la enfermedad causa de la exclusión –debilidad mental con trastornos de carácter– fuese anterior a su ingreso en el Servicio y no contraída durante su permanencia en filas, ya que tal exclusión sólo produce sus efectos a partir del momento en que se decide la misma, de donde resulta que el sujeto activo del delito de deserción era militar.

CONSIDERANDO: Que, no obstante, de dicha Acta de exclusión, así como del reconocimiento psiquiátrico llevado a cabo se deduce, y así lo aprecia este Consejo, que el Cabo J.M.P. concurre la circunstancia eximente del número 1º del artículo 185 CJM, de obrar totalmente privado de razón por enajenación mental, en cuanto su debilidad psíquica lo lleva a la tendencia compulsiva al consumo del alcohol, lo cual le conduce a una embriaguez patológica que anula su lucidez de conciencia y su libertad volitiva, como ocurrió el día en que se ausentó de su Unidad, dando lugar al delito de deserción.

Sentencia de 17 de febrero de 1988
(Zona Marítima del Estrecho)
Casación
Abordaje por imprudencia
Preceptos: arts. 35, 166 y 167 CPM
Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Montull Lavilla

ANTECEDENTES

Cuando el Patrullero de la Armada "L" navegaba en misión de vigilancia en el sector asignado por Orden de Operaciones "X", en el Golfo de C., con el cometido de avisar a los buques que allí se encontraban que debían abandonar la zona por hallarse activada para ejercicios de tiro real, y se encontraba en el Puente como Oficial de Guardia de la primera Guardia de Mar, y consecuentemente en acto de servicio, el Segundo Comandante de dicho Patrullero, Alférez de Navío Don B.B.D., se avistó en zona de ejercicio y a una distancia del Patrullero de aproximadamente dos millas, al Pesquero "M.M.", a unas diecisiete millas de la costa y con proa al noroeste, apreciándose que navegaba con escasa arrencada avante, sin izar señal alguna, dedicada su tripulación a las faenas propias de la pesca de la caballa para la que había sido despachado, encontrándose dos de sus tripulantes en una patera auxiliar lanzando cebo y un tanto alejados del pesquero. Ante los infructuosos intentos de ponerse en contacto por radio y megafonía con el citado pesquero, el Alférez de Navío B.D. ordenó arrumbar hacia el mismo con la intención de transmitirle el aviso desde la mínima distancia posible para que fuera atendido, y así, a una velocidad estimada de doce nudos, puso proa hacia el "M.M", cuya tripulación siguió sin percibir, en principio, la presencia del patrullero que se acercaba y sin escuchar las llamadas que desde el mismo se le hacían. Cuando se encontraba a unos cuatrocientos metros aproximadamente, el Alférez de Navío B.D. ordenó caer a estribor 15° de caña, con objeto de reabasar al pesquero por popa-babor, y transmitirle el aviso, pero a una distancia que se estima en unos cuarenta o cincuenta metros, viendo que no lo conseguía, y encontrándose el pesquero ya detenido, ordenó embragar atrás media, pese a lo cual no pudo evitarse que la proa del patrullero golpease al pesquero a la altura de la aleta de babor, causándole una vía de agua que determinó poco después su hundimiento, no sin que antes fuera puesta a salvo su tripulación, la cual, al ver la inminencia del hundimiento, se había lanzado al agua, de donde fue recogida por una zodiaz del Patrullero. La visibilidad en la zona era de aproximadamente cuatro millas con ligera bruma, mar rizada y viento suave del suroeste. La causa determinante de la colisión estriba en la maniobra ordenada por el Oficial de Guardia del Patrullero "L", pues la orden atrás y atrás media cursada en último extremo manteniendo la misma caña, no sólo fue insuficiente para detener al Patrullero, contrarrestando la inercia que

llevaba, sino que disminuyó, asimismo, la caída del mismo a estribor, con la que se pretendía en principio librar al pesquero pasándole por la popa.

El Consejo de Guerra de Oficiales Generales señala "que sancionando el tipo del artículo 167, 1º la imprudencia en sentido genérico y, consecuentemente, comprensivo de la culpa punible en cualquiera de sus formas, y fijando además como penalidad alternativa la de prisión en la extensión de cuatro meses a cuatro años, o la de inhabilitación definitiva para mando de buque o aeronave, a la hora de individualizar la pena, imponiendo la adecuada al supuesto enjuiciado, y por mandato del párrafo 2º del artículo 35 CPM, se hace preceptivo para el Consejo razonar la que, en definitiva, se imponga, lo que lleva de una parte a discurrir sobre la mayor o menor gravedad de la conducta enjuiciada, atendida la totalidad de las circunstancias que en la misma concurren, y de otra valorar la distinta gravedad de las penas alternativas previstas por el tipo, para imponer la adecuada al hecho que ha de sancionarse. Que, en este orden de cosas, estima el Consejo, según su prudente arbitrio y a la vista de la prueba practicada, que en la conducta observada por el hoy procesado y en las medidas por el mismo adoptadas no se observan elementos o circunstancias que permitan calificar aquella como constitutiva de grave negligencia o impericia profesional, ni cabe apreciar tampoco temeridad manifiesta, sino al contrario, simple imprudencia derivada de una errónea apreciación de las circunstancias de hecho concurrentes, en parte motivada por la confianza derivada del hecho de haber realizado similares maniobras en otras muchas ocasiones anteriores y en no menor por la dificultad inherente a una exacta apreciación de las mismas en distancias pequeñas y calculadas "a ojo", y teniéndose en todo caso, además, en cuenta que el acercamiento al pesquero con todo el riesgo que dicha maniobra entraña era necesario se produjera para transmitirle el aviso. Que, en otro orden de cosas, y si bien pudiera afirmarse en un principio y respecto a la diferente gravedad de las penas alternativamente previstas por el tipo, que habría que reputarse como más grave una pena, como la de prisión, que afecta a un derecho fundamental de la persona, cual es la libertad, ello no obstante, entiende el Consejo que, en el presente supuesto, y atendidas todas las circunstancias, ha de reputarse más grave la de inhabilitación definitiva para mando de buque, que, para un Oficial del Cuerpo General de la Armada, supone el práctico y definitivo truncamiento de su carrera militar, al impedirle el cumplimiento de aquellas condiciones específicas que le son exigidas para acceder a empleos superiores e incide de modo directo en las razones esenciales de su propia vocación militar, haciéndolo además de modo definitivo y permanente, lo que lleva al Consejo a estimar como pena menos grave la de prisión, al poder ser impuesta en extensión graduable al arbitrio del Consejo".

En consecuencia, se condena al Alférez de Navío B.D., como responsable en concepto de autor de un delito consumado de abordaje por imprudencia, de los previstos y penados en el artículo 167, 1º, en relación con el 166,

2º, del CPM, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro meses de prisión, accesorias, efectos y responsabilidades civiles, de las cuales responderá el Estado como responsable civil subsidiario, conforme a lo establecido en el artículo 48 CPM.

La Defensa interpuso recurso de casación por infracción de ley (art. 849, 1º y 2º, LECrim.) basado en nueve motivos, siéndole admitido el recurso tan sólo en relación a cinco de ellos. En síntesis son estos:

1º) Aplicación de los artículos 166 y 167 CPM en relación al artículo 565 CP y no en referencia al artículo 600 del mismo texto legal.

2º) Considerar la Sentencia "que la única causa de la colisión fue la maniobra ordenada por el procesado, ignorando las normas del Reglamento Internacional para Prevención de Abordajes de 20 de octubre de 1972, cuando es así que el Alférez de Navío B.D. cumplió dichas normas y no, en cambio, el patrón del pesquero, en relación con las señales que debía exhibir conforme a las reglas 20 y 26 de dicho Reglamento".

3º) No considerar tampoco la infracción por parte del pesquero de la regla 5ª del referido Reglamento que obliga a mantener vigilancia visual y auditiva.

4) No considerar, asimismo, la infracción por parte del pesquero de la regla 17 del repetido Reglamento, por no mantener rumbo y velocidad ante la posibilidad del abordaje.

5º) Error en la valoración de las responsabilidades civiles.

El Consejo Supremo de Justicia Militar rebate dichos argumentos y, rechazando el recurso de casación interpuesto, declara firme y ejecutoria la Sentencia recurrida. Ello con base en esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que examinado el motivo primero de casación alegado por la Defensa, se aprecia en primer lugar que la Sentencia no expresa que considere el delito que aprecia como previsto tipificado en los artículos 166 y 167 CPM "en relación con el 565 del CP" como dice el Defensor, sino que, por el contrario, cuida la Sentencia de tipificar el delito como encuadrado en los citados preceptos del Código castrense, pero con independencia y sin relación con el artículo 565 del CP, y extrema la explicación de esa falta de relación en su Considerando Tercero, en el que afirma que la imprudencia del Código penal militar es de sentido genérico y comprensivo de la culpa punible en cualquiera de sus formas, pasando a continuación y al sólo efecto de la individualización de la pena, por mandato del artículo 35, 2º de dicho Código, a referirse a las características del hecho y de la imprudencia punible que ya ha considerado. Que la independencia de estas formas delictivas imprudentes contempladas en el Código Militar de las del Común resulta, no sólo de los preceptos citados en la Sentencia, sino del exámen del articulado del referido Código, que no señala grados, por ejemplo en los artículos 155, 158 y 169 y que, a mayor abundamiento, en el artículo 159,

comprendido entre los reguladores de delitos contra la eficacia del servicio, al tipificar el que comete el militar que causare muerte o lesiones graves por negligencia profesional o imprudencia en acto de servicio, añade que se elevará la pena, en caso de imprudencia temeraria, con lo cual resulta claro que el legislador considera la imprudencia, en este Código, punible en todo caso en los supuestos que tipifica, y sólo atiende al grado de temeraria para elevar la penalidad en el caso concreto de este precepto, y no en los demás similares, en los que no se cita.

CONSIDERANDO: Que los motivos de casación alegados por la Defensa bajo los números 2, 3 y 4, por infracción de ley (art. 849, 1º LECrim.) pueden resumirse en que la Sentencia impugnada ha infringido, al ignorarlas, las normas del Reglamento Internacional para prevenir abordajes de 1972, por cuanto el Defensor expone que dicha Sentencia dice que la única causa de la colisión fue la maniobra ordenada por el procesado, cuando es así que éste no vulneró las normas de dicho Reglamento, lo que, en cambio, hizo el patrón del pesquero, por no izar señal alguna (reglas 20 y 26), por no mantener vigilancia visual ni auditiva (regla 5ª) y por no mantener rumbo y velocidad ante la posibilidad del abordaje (regla 17). Que vista la conexión y analogía de la argumentación de estos citados motivos de casación, cabe referirse a ellos conjuntamente y, en tal sentido, se aprecia que la Sentencia no ha utilizado la expresión "única causa" que el Defensor le atribuye, con lo cual, y de la lectura de los hechos, declarados probados que han de respetarse, al no haber sido impugnados, resulta que, de las varias conductas y circunstancias que pudieron incidir en los hechos, el Consejo de Guerra, haciéndo uso de su legítima y prudente apreciación, ha considerado la conducta imprudente del procesado que sanciona y detalla en él resultando primero de la Sentencia la determinante del supuesto delictivo, sin que, por otra parte, pueda aceptarse, en materia penal, una hipotética compensación de culpas, como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, debiendo, por el contrario, ponerse la o las que resulten apreciadas como delictivas por el juzgador, y, en este caso, lo ha sido la conducta del procesado, estimada como causa determinante del abordaje por la Sentencia, sin que otras conductas rompan el nexo causal apreciado.

CONSIDERANDO: Que el motivo 8 de casación, alegado por infracción de ley (art. 849, 2º LECrim.), consiste en que la Defensa considera que la Sentencia ha incurrido en error de hecho, evidenciado en documento obrante en autos, al fijar como valor de la pesca capturada la cifra de 75.000 pesetas, cuando el pesquero llevaba sólo unas horas faenando, y la Cofradía de Pescadores de P.U. certifica que la venta media mensual del "M.M." en los seis primeros meses del año del siniestro fue de 250.695 pesetas. Examinado este motivo de casación resulta que, si bien se alega un documento obrante en autos como evidencia de la equivocación del juzgador, visto el citado documento, antes citado, no aparece que del mismo pueda llegarse de forma indubitada a la conclusión de la existencia del error expuesto y ello

porque, en el propio documento, se consigna la cifra en que se calcula la venta media mensual "hecha por el pesquero M.M. en la lonja de contratación de la Cofradía de Pescadores de P.U.", pero cuida de añadir expresamente "desconociéndose por esta entidad las ventas que hayan podido realizarse en otros puertos". De esta forma, desaparece toda evidencia de error del juzgador, que puede dimanar de este documento, único alegado, pues el Consejo de Guerra ha podido formar su juicio y estimación del conjunto de los elementos de prueba, como reconoce el punto 2° del artículo 849 de la Ley procesal citada.

Sentencia de 26 de febrero de 1988
(Séptima Región Militar)
Casación
Injurias a los Ejércitos
Precepto: art. 90 CPM
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Cortes Alvarez de Miranda

ANTECEDENTES

Después de la lista de retreta, el entonces Soldado J.L.A., que venía evidenciando signos de embriaguez desde antes de pasar la citada lista, provocada por las reiteradas consumiciones de bebidas alcohólicas que había realizado anteriormente, fue encontrado de nuevo bebiendo por el que hacía las funciones de Suboficial de Cuartel, Cabo 1° E.P.G., quien, por estimar que el Soldado armaba alboroto y siguiendo instrucciones del Oficial de Servicio, le ordenó que saliese de la batería. Cuando le conducía a las inmediaciones del Cuerpo de Guardia, el Cabo 1° ordenó al Soldado que adoptase la posición de firmes, quedando situado a unos dos metros del mastil de la bandera ya arriada, y tras permanecer en dicho lugar durante un tiempo aproximado a la media hora, comenzó a proferir frases tales como "me dais asco", "no os reconozco como Superiores", "estoy borracho porque para aguantar ésto hay que estar borracho", "a mí me ha torturado la Policía Nacional", "me estais humillando y si me quereis humillar más, dejádme aquí toda la noche para así tener que saludar a la bandera mañana al izarla", "me suda que des parte de mí pues el día 12 hay amnistía", expresiones éstas que fueron oídas por el Suboficial de Cuartel y por el Cabo 1° de la Guardia.

El Consejo de Guerra consideró que estos hechos son constitutivos de "un delito consumado de injurias a los Ejércitos, previsto y penado en el artículo 90 CPM, por cuanto que las expresiones proferidas por el procesado suponen una ofensa o agravio semánticamente injurioso directamente dirigido a atacar y desacreditar la consideración y respeto de que gozan las Fuerzas Armadas en el contexto global y términos en que se produjeron".

Y, en consecuencia, condena al Soldado J.L.A., en cuya conducta apre-

cia la circunstancia atenuante de embriaguez no habitual sin propósito de delinquir, a la pena de un año y seis meses de prisión y accesorias.

Por la representación del procesado se interpone recurso de casación, al amparo de los números 1 y 2 del artículo 849 de la LECrim., basado, en síntesis, en los siguientes motivos:

1) Considerar probadas las frases pronunciadas por L.A., lo que contradice el artículo 24, 1 y 2, de la Constitución

2) Aplicación indebida del artículo 90 CPM en relación con el artículo 9, nº 26 de la LD y los artículos 242 y 457 y siguientes del CP

3) No aplicación de la atenuante 2ª del artículo 22 CPM

4) No aplicación del artículo 35 CPM en relación con la atenuante 10ª del artículo 9 CP

5) No aplicación de la atenuante de escasa revelancia de los hechos: artículo 35 CPM, en relación con el artículo 9, 10º CP

6) Indebida aplicación del artículo 20 CPM, en relación con los artículos 1 y 6 CP y 90 CPM.

El Consejo Supremo de Justicia Militar, al estimar el segundo de los motivos alegados, casa y anula la sentencia recurrida, estableciendo la siguiente

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que es de apreciar el motivo de casación segundo de los alegados por la Defensa al amparo del artículo 849, 1º LECrim., por indebida aplicación del artículo 90 CPM, en razón a que: de las expresiones proferidas por el Soldado L., tal como vienen recogidas en el resultando de hechos probados de la sentencia recurrida, no se desprende que ataquen o injurien a los Ejércitos o Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos, según un prudente análisis de las frases emitidas. Tampoco puede apreciarse la existencia de la publicidad necesaria para la aplicación del referido precepto, dado que las palabras emitidas, por la noche, en el patio desierto del cuartel, únicamente fueron oídas por el Suboficial de Cuartel y el Cabo 1º de Guardia, según se reconoce igualmente en el resultando de hechos probados de la Sentencia recurrida. En todo caso, podrían ser los hechos constitutivos de una falta leve del artículo 8, nº 28 de la LD, por la que ya fue en su día sancionado por el Coronel de su Regimiento, y, en todo caso, no sería de la competencia del Consejo de Guerra su enjuiciamiento y sanción.

SEGUNDA SENTENCIA

Sobre la base y por las consideraciones expuestas en la Sentencia anterior, el Consejo dicta una segunda en la que absuelve a J.L.A. del delito de injurias a los Ejércitos, con todos los pronunciamientos favorables.

Sentencia de 2 de marzo de 1988
(Primera Región Aérea)
Casación
Imprudencia en acto de servicio con resultado muerte
Precepto: art. 48 CPM
Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando López-Orozco Rodríguez-Rivas

ANTECEDENTES

De madrugada, el Cabo del Ejército del Aire J.C.G.C., quien a la sazón se encontraba en período bienal de reenganche, formaba parte de la Guardia de Seguridad del Aeródromo Militar de C.V., cuando, tras haberse ausentado del Cuerpo de Guardia sin autorización de sus superiores durante uno de los turnos de descanso, dedicándose entretanto con ánimo de esparcirse y en unión de otros miembros de la Guardia a tratar de sorprender en sus distintos puestos a los Centinelas del Aeródromo, simulando constituir un comando y asustándoles con la detonación de la pistola que portaba y que previamente había descargado, acertó finalmente, camino ya de regreso al Cuerpo de Guardia, momento en que volvió a introducir el cargador en su arma, a aproximarse al lugar donde se encontraba uno de los centinelas que patrullaban con perro, el Soldado F.P.N., de 18 años de edad, quien en ese momento se encontraba sentado en un banco y que al percatarse de la llegada del procesado con otros dos les dijo: "Estaba despierto. No me habéis asustado", preguntándoles acto seguido si habían gastado bromas a otros compañeros, siendo entonces cuando el Cabo G.C., al explicarle la manera en que lo había hecho y olvidando, según sus propias manifestaciones, que momentos antes había cargado la pistola, apuntó con la misma al referido Soldado P.N., del que se encontraba a una distancia aproximada de metro y medio, de manera que al accionar el gatillo se produjo un disparo que impactó de lleno en la cara de dicho Soldado, penetrándole el proyectil por la línea media mentoniana y describiendo una trayectoria oblicua y hacia abajo, pues ya se ha dicho que se encontraba sentado, que causó entre otros destrozos la ruptura de la vena yugular externa izquierda, de manera que con la consiguiente aspiración de aire se produjo una embolia pulmonar aérea masiva que determinó su muerte. Así que el procesado se percató de su acción, dijo a los demás que avisasen por radio para pedir una ambulancia y, pesaroso, echó a correr sin rumbo para acabar finalmente por presentarse al poco en el Cuerpo de Guardia al Oficial de Seguridad del Aeródromo, quien todavía no tenía conocimiento cierto de lo sucedido, entregándole el arma y diciéndole: "mi Teniente, he sido yo el que ha disparado".

El Consejo de Guerra estimó que tales hechos son constitutivos de un delito de imprudencia en acto de servicio de armas con resultado de muerte, previsto y penado en el artículo 159 CPM, con la concurrencia de la circunstancia atenuante cuarta del artículo 9º CP, por el cual impuso al Cabo

J.C.G.C. la pena de un año y seis meses de prisión, accesorias, efectos y responsabilidad civil.

Contra la Sentencia interpone recurso de casación el actor civil Don P.P.C., heredero del Soldado fallecido, fundamentándolo, al amparo del artículo 849, 1° LECrim., en el único motivo de haber infringido el fallo recurrido el artículo 48 CPM, al no condenarse al Estado como responsable civil subsidiario. El precepto citado "declara al Estado responsable civil subsidiario por los delitos de los militares en acto de servicio apreciado como tal en la sentencia, de modo que, al condenar el fallo al procesado por un delito en acto de servicio de armas, se da el requisito legal necesario para el establecimiento de la responsabilidad estatal, por lo que, a pesar de que la resolución recurrida afirma que no consta la solvencia o insolvencia notoria del procesado al no haberse tramitado la correspondiente pieza de responsabilidad civil, ésto no es obstáculo para incluir en el fallo la condena subsidiaria al Estado, caso de que el procesado resultara insolvente; ni tampoco impide tal pronunciamiento la falta de solicitud expresa de la referida condena, pues al ejercitarse la acción civil y pedirse una indemnización de daños y perjuicios, dicha acción debe entenderse dirigida contra el responsable primero y subsidiario para el supuesto de su insolvencia".

Tal motivo, al que se adhiere el Miniterio Fiscal, es estimado por el Consejo Supremo de Justicia Militar, que, en consecuencia, casa y anula la Sentencia recurrida, con base en esta

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que el único motivo de casación aducido por la Defensa y al que se ha adherido el Ministerio Fiscal, se ha formalizado al amparo del artículo 849, 1° LECrim., por infracción del artículo 48 CPM, al no declararse en la Sentencia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado pese a apreciarse en tal sentencia recurrida que el delito se había cometido por un militar en ocasión de ejecutar un acto de servicio, motivo éste que debe ser estimado al constituir tal infracción la violación de un precepto penal de carácter sustantivo que determina en tales condiciones la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

CONSIDERANDO: Que, en el actual estado legislativo de los procedimientos penales castrenses y en su específico ámbito, puede afirmarse que la pretendida declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado, no supone una condena *in esentia*, que exija el que se haya dirigido previamente la acción contra el Estado, como lo corrobora el que pueda declararse por la Autoridad Judicial incluso después del fallo del Consejo de Guerra, de acuerdo con el artículo 206 del Código de Justicia Militar que, en su contenido procesal, no está comprendido en la Disposición Derogatoria de la Ley 13/1985, de 9 de diciembre que aprobó el Código penal militar, concibiéndose así a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado como una declaración de responsabilidad estatal, con la que más que variarse la condena se asegu-

ra su efectividad en cuanto a responsabilidades que ya están declaradas *de iure* en el fallo por el solo hecho de apreciarse en la sentencia que el delito fue cometido por militar en ocasión de ejcutarse en acto de servicio.

CONSIDERANDO: Que la intervención procesal del Estado con personación como parte, actuando como actor civil o como posible responsable civil subsidiario, no tiene carta de naturaleza en el procedimiento penal militar como la de un particular, lo que tiene su fundamento, lógicamente, en su específica naturaleza, que, por ser castrense, es siempre tuteladora de los intereses y fines del Estado, en su carácter fundamentalmente disciplinario, en las misiones tradicionales del Fiscal Jurídico Militar y en las particularidades de su procedimiento, lo que ha motivado que en el artículo 108 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, ya promulgada, aunque todavía en *vacatio legis,* se limite el ofrecimiento de acciones y la misma acción civil al caso de lesión de bienes o derechos de un "particular".

CONSIDERANDO: Que, publicado el nuevo Código penal militar, en cuyo artículo 48 se preceptúa la responsabilidad civil del Estado de carácter subsidiario, por los delitos cometidos por militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la Sentencia, puede perfectamente, y con independencia de la posibilidad procesal penal militar del artículo 206 CJM, que se pretenda por la parte interesada mediante un recurso de casación contra la Sentencia que, apreciando la concurrencia de todos los requisitos previstos en el citado artículo 48 CPM, no la declaró en su fallo, en cuyo supuesto procede la casación de tal Sentencia, completando sus pronunciamientos con la procedencia de exigir tal declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado, como procede en el caso que se contempla, que, además, estará sujeta a los trámites del artículo 1062 CJM, en los que se oirá, previamente a la resolución, al Estado, en el Ministerio de Defensa.

SEGUNDA SENTENCIA

Los *antecedentes* son los que constan en la Sentencia anterior. El Consejo Supremo de Justicia Militar, tras estimar el recurso de casación interpuesto por el actor civil, dicta esta Segunda Sentencia en la que declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado para el caso de que el condenado resulte total o parcialmente insolvente respecto al pago de la indemnización acordada. Sobre el particular, establece la siguiente *doctrina.* ya contenida en la primera Sentencia:

CONSIDERANDO: Que la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en el caso de un delito cometido por un militar en ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la Sentencia, resulta procedente, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 48 CPM, sin que tal declaración pueda estar condicionada a la insolvencia del responsable

principal, sino sólo su efectividad referida al momento en el que se acredite la insolvencia del autor material del delito y sin que pueda perjudicarse la acción, al no constar renuncia expresa a una declaración de responsabilidad civil subsidiaria que, por tratarse del Estado, constituye una declaración *sui generis* en el ámbito de la jurisdicción militar, sujeta al trámite y resolución del artículo 1062 del CJM.

Jurisprudencia menor*

Sentencias de 4 de marzo de 1988
(Consejos de Guerra celebrados en la plaza de Zaragoza)
Deserción
Preceptos: arts. 120 CPM; 8, 7º CP
Ponente: Sr. D. Ricardo Izquierdo Grima

ANTECEDENTES

El Soldado S.F.B., tras el disfrute de un permiso reglamentario, no se incorporó a su Unidad, permaneciendo más de dos meses en ignorado paradero, fuera de control militar y sin autorización de sus superiores. Detenido, fue procesado y quedó en prisión preventiva, la que quebrantó, ausentándose de nuevo hasta que seis días después se presentó voluntariamente en el Juzgado Togado nº 2 de Z.

Consta que el Soldado S.F.B. solicitó, durante su permanencia en filas y con la debida prontitud, prórroga de 1ª clase por causa sobrevenida por ser sostén de familia, al estar casado y con descendencia, y que por demoras burocráticas no imputables al solicitante no se le concedió hasta pasar a la reserva. Asimismo, días antes de quebrantar la prisión preventiva F.B. había tenido un segundo hijo.

El Fiscal consideró que tales hechos integraban dos delitos de deserción, (art. 120 CPM), solicitando cuatro meses y tres meses y un día de prisión, respectivamente, habida cuenta "las circunstancias familiares del procesado". La Defensa solicitó su libre absolución por concurrir la eximente de estado de necesidad (art. 8, 7º CP).

En ambas Sentencias, el Consejo de Guerra absuelve al Soldado S.F.B. del delito de deserción imputado. Y en los dos casos lo hace con idénticas consideraciones, que se recogen en la siguiente

DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de deserción (art. 120, 1º CPM).

CONSIDERANDO: Que se aprecia la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal alegada por la Defensa, del artículo 8, 7º CP, de estado de necesidad, apreciando este Tribunal que concurren todos los requisitos exigidos por tal eximente: la situación familiar y precaria en que se

encontraba el Soldado como casado con hijos, uno de los cuales nació unos días antes de la deserción y sin más medios de subsistencia para su familia que sus propios ingresos, ello no exige mayor abundamiento para apreciar el mal propio y familiar que con su ausencia del destino el procesado trataba de evitar, como es el atávico instinto de conservación de la célula familiar: 1) El mal causado no fue el mayor que el que se trató de evitar, ya que, pendiente de la resolución la prórroga de 1ª clase que luego se le concedió, la ausencia de destino como mal causado queda bastante atemperada al no tener a fin de cuentas que cumplir en esos momentos su servicio militar; 2) La situación familiar y el hecho de ser sostén de familia no es, claro está, situación de necesidad producida por el sujeto intencionadamente; 3) La obligación de sacrificarse podría apreciarse en el supuesto de que en el momento de los hechos la obligación de prestar el servicio militar existiese, pero habida cuenta de la concesión de la prórroga esta obligación desaparece al retrotraerse mentalmente la situación de prórroga al momento de comisión de los hechos.

Se está, asimismo, en el caso de aplicar el principio general del artículo 35 CPM, sobre la condición de no profesional del procesado y que abundaría la tesis de no tener el deber de sacrificarse.

(*) Incluímos, como *jurisprudencia menor*, estas Sentencias de 4 de marzo de 1988 que, por su doctrina, concretamente la aplicación a un desertor de la eximente de estado de necesidad, tuvieron una amplia repercusión social, a raíz sobre todo de su difusión en distintos medios y, en especial, por *El País* del 6 de marzo ("Absuelto un Soldado que desertó para atender a su familia"), diario que, incluso, dedicó al tema un breve reportaje ("Mejor padre que Soldado. Un Consejo de Guerra no considera desertor a un joven que dejó el Cuartel para sostener a su familia") y una columna ("Ahorrar biberón") de contenido sensasionalista. *Vid. El País*, 12 de marzo de 1988, p. 18.

Desde una perspectiva estrictamente dogmática, es lo cierto que los Tribunales militares se han mostrado casi siempre reacios a apreciar el estado de necesidad en referencia a la deserción y ello a pesar de que, como he señalado en más de una oportunidad, este delito responde con frecuencia a circunstancias reales de necesidad personal o familiar, muchas de las cuales no permiten calificar de antijurídica la actualición del sujeto.

Sin embargo, basta repasar la jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar para constatar que prácticamente ningún supuesto de necesidad ha sido durante años estimado siquiera como eximente incompleta dentro de unos planteamientos basados en la apriorística infravaloración de cualquier bien jurídico individual frente a la tutela del potencial bélico del Estado.

Estas sentencias -de ahí su importancia y eventual trascendencia- se separan de tal orientación, no compartible especialmente en tiempos de paz, con la cual se desconocen reales situaciones de conflictividad de bienes y deberes, a las que el juzgador no puede mantenerse ajeno.

Cfr., al respecto, MILLAN GARRIDO, A., *El delito de deserción militar*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 132-133. En un sentido menos crítico a la tradicional postura que mantuvo el Consejo Supremo, GARCIA LABAJO, J.M., "Delito de deserción militar", en *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 1536-1537.

SENTENCIAS DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Emilio FERNANDEZ-PIÑEYRO Y HERNANDEZ
Capitán Auditor

INDICE TEMATICO

I. ASCENSOS MILITARES: A. APTITUD PARA EL ASCENSO. Consecuencias de la falta de notificación de calificaciones. B. ASCENSOS HONORIFICOS.– **II. AUXILIOS, SALVAMENTOS, REMOLQUES, HALLAZGOS Y EXTRACCIONES MARITIMAS.** Diferencias entre "salvamento" y "remolque". Valor jurídico de las Resoluciones del Tribunal Marítimo Central.– **III. CABALLEROS MUTILADOS** Reconocimiento de trienios.– **IV. CONTRATACION ADMINISTRATIVA.** Potestad sancionatoria de la Administración por retraso injustificado. Incumplimiento de plazo y revisión.– **V. DESTINOS MILITARES** Desviación de poder y "necesidades del servicio".– **VI. FALLECIMIENTO EN ACTO DE SERVICIO** Circunstancias susceptibles de integrar los conceptos: "acto de servicio o con ocasión o como consecuencia del servicio" y "riesgo específico del servicio".– **VII. GRATIFICACION ESCOLAR.** Límite de los derechos adquiridos por los funcionarios en materia económica.– **VIII INUTILIDAD FISICA COMO CONSECUENCIA DE ACTO DE SERVICIO.** "Acto de servicio" y "disponibilidad plena". Accidente "in itinere".– **IX. INVALIDACION DE NOTAS DESFAVORABLES.** Supresión en esta materia de toda facultad discrecional a favor de la Administración.– **X. PROFESORES DE LA ENSEÑANZA MILITAR SUPERIOR.** Tiempo máximo de permanencia continuada e irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.– **XI. REINGRESO EN EL CUERPO DE LA GUARDIA CIVIL.** Discrecionalidad de la Dirección General del Benemérito Instituto en esta cuestión.– **XII. SEPARACION DEL SERVICIO.** A. EN EJECUCION DEL FALLO DEL TRIBUNAL DE HONOR. Recurso extraordinario de revisión. Caducidad de su interposición. B. MEDIANTE EXPEDIENTE GUBERNATIVO.– **XIII. SEGUNDA RESERVA.** Derecho a la jubilación y "expectativa frente al legislador" a que la edad de jubilación no se modifique. Compensación económica.– **XIV. SUCESION DE MANDOS, JEFATURAS Y CARGOS DIRECTIVOS EN LA ARMADA.** Validez de la Instrucción núm. 006/1982 del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada.

I. ASCENSOS MILITARES

A. Aptitud para el ascenso

Audiencia territorial de Palma de Mallorca.– Sentencia de 24 de mayo de 1988.
Consecuencias de la falta de notificación de las calificaciones al interesado.
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Antonio Martínez Sánchez

Fundamentos de Derecho

I. El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra Resolución del Almirante Jefe del Departamento de Personal, del Cuartel General de la Armada del Ministerio de Defensa de fecha 30 de Septiembre de 1986, notificada al recurrente el día 17 de Octubre del mismo año, en cuya Resolución se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de fecha de 27 de Junio de 1986 del mismo Almirante Jefe, en el que se recogía el criterio de la Junta de Clasificación del Cuerpo de Suboficiales de la Armada adoptado en su sesión del 13 de Junio de 1986, por el que se incluía al recurrente en la "Lista Tercera", como no apto para el ascenso; y contra este último acuerdo de fecha 27 de junio de 1986. En su demanda, impugna el actor los anteriores acuerdos, solicitando se declaren nulas las resoluciones recurridas, por no ajustarse a Derecho, fundamentando su pretensión: en que no se han valorado todos los medios de que podía hacer uso la Junta de Clasificación indicada; que no se informó, oportunamente, de las calificaciones anuales; y que se infringió el principio de jerarquía normativa. Por su parte, el Letrado del Estado, solicita la desestimación del recurso y la declaración de que los actos impugnados se ajustan a Derecho; por cuanto estima que el acto recurrido se configura como administrativo discrecional, sin que la función revisora jurisdiccional pueda sustituirlo; que no se produjo defecto procedimental que afecte a la validez del acto, no considerando que la comunicación, o no, de los informes sea obstáculo para la clasificación.

III. La Ley de 21 de julio de 1973 de Especialistas de la Armada, complementada por la Orden Ministerial 477/72 de 10 de julio, del Ministerio de la Marina, que es la Guía para rendir los informes personales de los Suboficiales y Cabos Especialistas de la Armada, completada por las Ordenes Ministeriales de 31 de mayo de 1980 y 8 de junio de 1982, constituyen el entramado-legal aplicable al caso de autos. El artículo 16 de la Ley citada determina que la Junta de Clasificación del Cuerpo de Suboficiales de la Armada efectuará, al menos una vez, dentro de cada año, la clasificación basada en el análisis minucioso y, fidedigno de las circunstancias que concurren en los interesados, en todos los aspectos de su personalidad, competencia, actuación profesional y aptitud física y psicofísica. Para ello habrán de tener en cuenta los informes personales anuales y pormenorizados a que

cada miembro de las FF.AA. viene sujeto y que parten del conocimiento próximo y directo que el informante tiene sobre el informado, pues tales informes constituyen no sólo el "currículum" profesional, sino el personal-humano del individuo. Basta la observación de los dieciseis conceptos objeto de calificación, para comprobar cómo, si quien califica tiene cualidades de psicólogo, la personalidad del informado debe quedar perfectamente reflejada. Como tal calificación es anual, la curva ascendente o decadente quedará delimitada en lapsos superiores al año y como posible corrector subjetivo, por la importancia que la calificación anual tiene para el informado, pues es a su través como opera la Junta de Clasificación, la Orden Ministerial citada, en su punto 6°, determina que es obligado notificar a cada interesado las bajas calificaciones "a fin de que, teniendo conocimiento de ello pueda corregir sus defectos".

IV. Dos puntos quedan reflejados en cuatro antecedentes: el que la Junta de Clasificación ha de ponderar todos los conceptos objeto de calificación anual; y que debe notificarse al calificado sus bajas calificaciones. Respecto al primero de ellos en el presente caso, por supuesto que los datos positivos son más que los negativos. Aparecen objetivamente más méritos para el ascenso que deméritos para cortar de raíz y definitivamente sus posibilidades de ascenso. Sin embargo, no entraría nunca la Sala a sustituir, con su criterio, el manifestado por la Junta de Clasificación, pues carece del conocimiento de la función técnica en la que el acto recurrido se fundamenta, pero sin que tampoco suponga tal criterio aceptar plenamente la naturaleza "administrativo-discrecional" que por la representación de la Administracion se le atribuye, sino más bien la de "actuación administrativa", que supone la aplicación de una norma a casos concretos, denegando y otorgando derechos subjetivos y que, como tal, está sujeta al pleno control de los Tribunales y sometida al artículo 106.1 de la Constitución. El ámbito de la revisión jurisdiccional no queda limitado al examen de la legalidad intrínseca del acto combatido, sino que trasciende del mero control de la legalidad del procedimiento y da alcance a todo su contenido. Tesis que encuentra su fundamento en el artículo de la Constitución citado y en los principios inmanentes de un Estado de Derecho que somete la actuación administrativa a "la Ley y al Derecho", como señala el artículo 103.1 del mismo Texto Constitucional, superando la tendencia doctrinal de identificar en el fondo discrecionalidad con inimpugnabilidad, cuando aquella opera, hoy, dentro de unos estrictos límites legales, por referencia a los cuales es siempre controlable.

V. El otro punto que se resalta, el de la notificación de las calificaciones al interesado, centra de lleno al acceso jurisdiccional al control de la actuación administrativa, por ello es preciso entrar en el alcance de su omisión. El recurrente, con anterioridad al día 3 de octubre de 1985, que es la fecha en que se le comunican sus bajas calificaciones entre los años 1974 a 1982, nunca había sido advertido de tan vital información. Ello comporta dos consecuencias: la primera, el incumplimiento por la Administración Militar de

un precepto legal; la segunda, la situación de indefensión del afectado. La norma incumplida es el ya citado punto 6º de la Orden Ministerial 426/1980, de 31 de marzo, que obliga a notificar a cada interesado las bajas calificaciones "a fin de que teniendo conocimiento de ello pueda corregir sus defectos". Tal precepto es de inexcusable cumplimiento y supone una toma de conciencia del interesado del posible perfeccionamiento en sus actitudes. El hecho de que la Junta de Clasificación no quede vinculada, en cuanto a su función, por la omisión de dicha notificación, según el contenido de la Orden 165/82, de 8 de junio, queda sólo en la esfera de su decisión pero no entraña que la Administración pueda eximirse de cumplir dicho trámite que, por supuesto, produciría en el administrado la indefensión ante el acto último, entrando en colisión por su rango y entidad con los principios que nuestra Constitución consagra en los artículos 14 y 24.

VI. En la trayectoria profesional del recurrente, queda claro que la actuación diferencial es la referida a épocas anteriores a su Clasificación y en las que no fue notificado, pues el lapso de tiempo y las circunstancias concurrentes desde la única información hasta la resolución que veda su posibilidad de ascenso, son irrelevantes para subsanar materialmente el defecto formal apreciado. Por todo lo cual procede la estimación del recurso sin que se den méritos suficientes para hacer expresa declaración sobre las costas, conforme al artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

Audiencia Nacional. Sentencia de 7 de junio de 1988.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

Fundamentos de Derecho

Primero: El presente recurso, tiene por objeto la resolución del Ministerio de Defensa de 15 de marzo de 1985, por la que se desestimó el recurso de reposición formulado contra la de 27 de noviembre de 1984, que le denegó la petición de nulidad de la Orden de 16 de enero 1979 que lo declaró sin número en su Escala por no apto para el ascenso.

Segundo: El actor, pasó a la situación de supernumerario por Orden de 12 de agosto 1976, posteriormente, tras la correspondiente actuación de la junta de Clasificación y el Consejo Superior del Ejército del Aire y al ser considerado no apto para el ascenso fue declarado sin número en su Escala por Orden de 16 de enero de 1979. Transcurridos más de cinco años, formuló solicitud para que se anulara dicha orden, que fue denegada por resolución de 27 de noviembre de 1984, frente a la cual interpuso recurso de reposición cuya desestimación constituye el objeto de este contencioso, en el que solicita, que se anulen dicha Orden y resoluciones alegando al efecto, que la sanción que, según entiende, constituye el dejarle sin número en la Escala resulta nula por haberle producido indefensión, citando el art. 24 de la Constitución, y por haberse dictado sin observar el procedimiento dado

que no se tuvieron en cuenta su hoja de Servicios, Expediente Personal, Calificaciones y Cursos.

Tercero: En principio y como implícitamente admite el actor en los sucesivos escritos que han dado lugar a este proceso, debe señalarse, que la Orden inicial de 16 de enero de 1979 le fué notificada al recurrente el 23 de enero del mismo año, según reconoce en su escrito de 1 de septiembre 1984 (folio 7 del expediente), lo que significa, que cinco años más tarde la impugnación sólo puede prosperar en virtud de un vicio determinante de nulidad de pleno derecho, como invoca el recurrente, pero no en supuestos de anulabilidad por haber trascurrido en exceso los plazos señalados al efecto para hacer valer tales vicios jurídicos.

Teniendo en cuenta lo anterior y examinando el fondo del asunto, el actor parte de una postura inicial no ajustada a derecho como es, el considerar la declaración de no apto para el ascenso y subsiguiente situación en la Escala constitutiva de una sanción ya que, por el contrario tal actividad no se incardina en el ámbito del derecho sancionador sino en el correspondiente al contenido de la relación funcionarial de especial sujección que lo une a la Administración y las distintas situaciones en las que podía encontrarse atendiendo a las circunstancias concurrentes y aplicación de la normativa en vigor. En consencuencia, han de rechazarse las alegaciones que en atención a tal planteamiento se efectúan en la demanda.

Por otra parte, la alegación de indefensión hecha por el actor tampoco puede prosperar si se tiene en cuenta lo siguiente: primero, que la disposición adicional de la Ley 51/1969 de 26 de abril no excluía de recurso los actos frente a los que se invocara infracción de los preceptos formales exigidos por dicha Ley, y la impugnación del actor se funda en la inobservancia del procedimiento, por lo que dicho precepto no le impidió interponer en su momento los correspondientes recursos frente a la Orden de 16 de enero de 1979; segundo, que en cualquier caso, si el actor entiende que sólo tras la Constitución y en virtud de su fuerza derogativa y aplicación del art. 24 cabría impugnar tal Orden, es claro que dicha situación ya se daba en enero de 1979 y ninguna razón se acredita que justifique una demora de cinco años para iniciar la impugnación que ahora se debate; y tercero, que la indefensión se configura en el art. 48 de la Ley de Procedimiento como un vicio determinante de anulabilidad y no de nulidad absoluta y consiguientemente no puede prosperar su invocación cinco años después de la notificación, aún defectuosa, de la resolución inicial. Finalmente alega el actor la inobservancia del procedimiento, como vicio determinante de la nulidad radical de la orden de 16 de enero 1979, sin embargo, basta examinar el expediente para observar que dicha Orden se dictó tras la pertinente intervención de la Junta de Clasificación y Consejo Superior Aeronaútico a que se refieren los preceptos de la Ley 51/69, señalándose en la reseña de las sesiones de la Junta celebrados los días 4 y 11 de julio de 1978, que figura al folio 9 del expediente, que dicha Junta realizó un análisis minucioso del historial

del recurrente de acuerdo con lo que determina el art. 11, por lo tanto, teniendo en cuenta su Hoja de Servicios y expediente personal, y ante las circunstancias del Informe Confidencial que también se exigía por la Ley, se acordó completarlo posponiendo la decisión para el citado día 11, de lo que se deduce la observancia por la Administración del procedimiento establecido, que no puede desvirtuarse por las simples manifestaciones del actor, no contrastadas, relativas a la omisión por la Junta del exámen de la Hoja de Servicios y Expediente del mismo. Por ello ha de rechazarse también éste motivo de nulidad invocado en la demanda.

Cuarto: Por todo lo expuesto y resultando inviables las pretensiones del recurrente, procede desestimar el presente recurso y confirmar la resolución impugnada por ser ajustada a derecho, sin que haya lugar a hacer una expresa condena en costas, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

B. Ascensos Honoríficos

Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.
Sentencia de 20 de Mayo de 1988.
PONENTE: Ilmo. Sr. D. González González

Fundamentos de Derecho

1º El objeto de este recurso se circunscribe el exámen de la legalidad de la resolución del General Director de Personal que denegó al recurrente –Comandante de Oficinas Militares– el ascenso honorífico al empleo inmediato superior –Teniente Coronel– a su pase a la situación de retiro. Se funda la denegación en que en el Cuerpo de Oficinas Militares no existe el empleo de Teniente Coronel.

2º Desde este instante hay que rechazar la pretensión del actor de que la Sala acceda al ascenso honorífico que tiene solicitado porque el acto que ahora se recurre es el que resuelve sobre la admisión a trámite de dicha solicitud, a la vista del cumplimiento de los requisitos que señala el art. 2º de la Ley 81/30, de diciembre, pues será la Junta de Clasificación, Consejo Superior u Organismo competente el que conforme al art. 3 y a través del procedimiento que se regula en la Orden de 17 de septiembre de 1986, examinará los méritos del historial militar del interesado, que previamente ha de poseer los indicados requisitos. Es en relación con estos, sobre los que decidirá, la Sala.

3º Estando reconocido y acreditado que el recurrente posee la condecoración a que se refiere el apartado a) del art. 2º, queda únicamente por examinar si se da el presupuesto orgánico del apartado b), es decir, "si existe el empleo inmediato superior en el Arma, Cuerpo, Escala o Especialidad a la que pertenece o de la que procede".

Si bien es cierto que en el Cuerpo de Oficinas Militares no existe la graduación de Teniente Coronel –superior a la de Comandante que ostenta el demandante– debe tenerse presente que accedió a él por oposición procedente del Arma de Infantería en la que aquella categoría es bien patente que la hay. En consecuencia, tenemos que dar por cumplido este requisito, ya que sería ilógico que otros compañeros en dicha Arma que no hicieron el esfuerzo de opositar al Cuerpo de Oficinas Militares pudieran obtener el ascenso honorífico, que se veda al que lo realizó. Ello constituye discriminación, no permitida por el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución.

4º También se ha demostrado que han ascendido al empleo de Teniente Coronel, Comandantes más modernos del Arma de Infantería, por lo que también se cumple el último de los requisitos orgánicos que menciona el art. 2º.

5º No se dan circunstancias determinantes de una condena en costas por falta de temeridad o mala fe en alguna de las partes.

Fallamos: Estimar parcialmente el recurso, anulando por contrario a Derecho el acto impugnado, en cuanto que se impide que su expediente sea examinado por el Consejo Superior, Junta de Clasificación u Organismo competente a los efectos de una posible concesión del ascenso honorífico que tiene solicitado, rechazando el resto de las pretensiones de la demanda.

II. AUXILIOS, SALVAMENTOS, REMOLQUES, HALLAZGOS Y EXTRACCIONES MARITIMAS

Diferencia entre salvamento marítimo y remolque. Valor jurídico de las Resoluciones del Tribunal Marítimo Central.

Audiencia Nacional. Sentencia de 15 de febrero de 1988.
PONENTE: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Delgado Barrio.

Fundamentos de Derecho

Primero: Plantean estos autos como problema fundamental el de determinar si los acontecimientos litigiosos son bastantes para generar la calificación de salvamento marítimo o si por el contrario lo ocurrido no pasa de ser un mero remolque.

Segundo: La aplicación de la Ley 60-1962, de 24 de diciembre, sobre Régimen de auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas ha dado lugar a una reiterada jurisprudencia –sentencias de 9 de junio de 1971, 25 de mayo de 1973, 26 de noviembre de 1981, 15 de junio de 1982, etc.– dirigida a perfilar el deslinde de las dos figuras sancionadas.

Tal jurisprudencia, en cuanto complemento que da expresión al ordenamiento jurídico –art. 1º, 6 del Título Preliminar del Código Civil–, ha de ser

aplicada al supuesto litigioso en virtud del principio de unidad de doctrina que, construído por el Tribunal Supremo con apoyo en el art. 102, 1, b) de la Ley jurisdiccional, ha recibido nueva formulación del Tribunal Constitucional con el fundamento que integra el art. 14 de la Constitución –sentencias nº 181 y 197-1987, de 13 y 27 de noviembre y 11 de diciembre respectivamente, entre otras muchas–.

Sobre esta base, será de indicar que la línea divisoria que separa los dos conceptos a estudiar se traza atendiendo a la existencia o inexistencia de peligro y así, el salvamento, aunque normalmente implica una actividad de remolque, arrastre o tracción, se caracteriza, en lo que ahora importa, por dos notas: A) Situación de peligro real, inminente y grave del buque a salvar, bien por el estado del mar, bien por las circunstancias del barco, peligro que ha de ser de tal entidad que haga temer, en una racional previsión de los acontecimientos, la pérdida o daño grave de la embarcación; B) Prestación por parte del buque salvador de unos servicios extraordinarios, con riesgo para la tripulación o el buque, que excedan de lo normalmente exigible al remolcador.

Es claro que no concurriendo estos requisitos la operación de arrastre o tracción llevada a cabo por un buque sobre otro integrará un mero remolque.

Tercero: Ya en este punto será de subrayar que ciertamente y como pone de relieve en sus minuciosas alegaciones el Letrado del Estado, las resoluciones del Tribunal Marítimo Central, en razón de la especialización de sus miembros en la técnica naútica, tienen un especial valor: así lo indica el preámbulo de la citada Ley 60-1962 y así también lo declara la jurisprudencia que recoge la presunción de acierto de sus resoluciones –sentencia de 10 de mayo de 1983–.

Pero esta presunción es iuris tantum y naturalmente no impide a la Jurisdicción examinar los hechos para valorarlos a la luz que arrojan los ya mencionados criterios jurisprudenciales.

Será pues preciso analizar, por una parte, la situación del *"Tarros Gage"* para determinar si éste se hallaba realmente en peligro y, por otra, la actuación de los remolcadores "Montornes" y "Montseny" a fin de concretar si efectivamente prestaron éstos servicios excepcionales con riesgo propio.

Cuarto: El exámen de los elementos probatorios existentes en la doble dirección señalada permite formular las siguientes conclusiones y valoraciones:

A) El día 29 de agosto de 1980, a las 21,30 horas aproximadamente, el buque portacontenedores "Tarros Gage", a consecuencia de un fallo en el timón eléctrico y el mecanismo que acciona las palas reversibles de la hélice, fue a embarrancar sobre las piedras de la escollera del contradique del puerto de Barcelona, fuera de éste y en sus proximidades, quedando atrapado en una longitud de cuarenta a sesenta pies entre varios bloques de hormigón.

Así las cosas, estando la mar en calma y siendo el viento flojo –folio 1 vuelto del expediente–, no puede entenderse que el buque estuviera corriendo un grave peligro: necesitaba, sí, de ayuda en forma de arrastre o tracción para salir de su situación pero ésta en ningún momento representó un peligro inminente de pérdida de la embarcación.

B) Otra vez en el terreno de los hechos, el relato ha de seguir ya con la actuación de los remolcadores. Intentada primeramente por el "Montornes" la maniobra de arrastre del *"Tarros Gage"* en abanico para abrir cama –folio 70– durante veinte minutos –folio 2 vuelto– y no logrando zafar al buque embarrancado, se enganchó también el "Montseny", con lo que tirando ambos, también en abanico –folio 70–, y ayudados por la máquina del "Tarros Gage" funcionando atrás toda –folios 19 y 20–, lograron poner a flote el barco encallado, dejándolo en franquia a las 22,15 horas y habiendo durado esta maniobra conjunta otros veinte minutos –folios 19 y 20–.

Es de añadir que ni en la primera narración de los hechos presentada por los Patrones de los dos remolcadoras –folio 2 vuelto– ni en el primer parte del Práctico del Puerto de Barcelona –folio 16– se alude al riesgo de que el reflotarse el "Tarros Gage" hubiera podido éste abordar al "Montseny" –folios 19 y 20–.

No obstante aún admitido dicho riesgo éste no llega a justificar la existencia de un salvamento: en efecto, sin perjuicio de destacar la habilidad y pericia de los Patrones del "Montseny" y del "Montornes", ha de entenderse que la maniobra tan felizmente realizada por aquéllos, en los términos que se han descrito, integra un mero remolque, sin que el riesgo mencionado, dentro de la preparación técnica a esperar de los profesionales que a tal actividad se dedican, permita calificar la tarea del arrastre litigioso como excepcional o extraordinaria.

III. CABALLEROS MUTILADOS

Reconocimiento de trienios de Suboficial a partir de los 20 años de mutilación.

Audiencia Nacional. Sentencia de 22 de marzo de 1988.
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

Fundamentos de Derecho

Primero. El presente recurso tiene por objeto la denegación presunta de la petición formulada por escrito de 13 de diciembre de 1984 al Excmo. Sr. Ministro de Defensa, en demanda del reconocimiento de su derecho a perfeccionar trienios de Suboficial, desde el momento en que se cumplieron los 20 años de su mutilación.

Tercero: La disposición transitoria 12-2 del Reglamento aprobado por

Decreto 712/77 de 1 de abril establece, que "a los Caballeros Mutilados que ascendieron a Sargentos efectivos conforme a lo dispuesto en el art. 1°, apartado 2, del Decreto-Ley 10/73 de 16 de noviembre, se les computará, a efectos de antigüedad para la percepción de trienios de Suboficial, el tiempo que exceda de los 20 años exigidos para dicho ascenso", y por su parte el art. 1° 2 del Decreto-Ley 10/73 establecía que "los Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria, que estén calificados como Absolutos y Permanentes, obtendrán el ascenso a Sargento efectivo a los 20 años de haberse producido la mutilación, de no haberles correspondido con anterioridad". De tales preceptos se desprende lo siguiente: primero, que el cómputo de los veinte años a que hace referencia el art. 1° 2 del Decreto-Ley 10/73, se inicia en el momento de producirse la mutilación y no como pretende la Administración en la fecha de la calificación con el coeficiente superior a 45, criterio que resulta de la expresión gramatical del precepto y que además ha sido seguido por la Administración al ascender al actor a Sargento; segundo: que la indicada disposición transitoria 12-2 hace referencia al tiempo que exceda de los 20 años exigidos por el art. 1° 2 del Decreto-Ley 10/73, lo que supone tomar como "díes a quo" o término inicial el mismo que dicho precepto, es decir, la fecha en que se produjeron las lesiones determinantes de la mutilación. En estas circunstancias y dado que el actor obtuvo el ascenso a Sargento en aplicación del art. 1° 2 del Decreto-Ley 10/73, por heridas sufridas el 19 de enero de 1938, debe reconocérsele el derecho a que se le compute a efectos de trienios como Suboficial, el tiempo transcurrido desde el 19 de enero de 1958, con los efectos económicos establecidos en la indicada disposición transitoria desde el mes siguiente de la fecha de entrada en vigor de la Ley 5/76, es decir, el 1 de abril de 1976, estimándose en tal sentido el presente recurso con la consiguiente anulación de la resolución impugnada por no ser ajustada a derecho.

IV. CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Potestad sancionatoria de la Administración por retardo injustificado en la entrega de construcciones y obras.
Relación entre incumplimiento del plazo contractual de ejecución de obra y derecho del contratista a revisión de precios.

Tribunal Supremo (Sala Quinta). Sentencia de 28 de junio de 1988.
Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Rodríguez García.

Fundamentos de Derecho

Primero: En el recurso contencioso administrativo, del que trae causa esta apelación, La Empresa Nacional Bazán impugna la Resolución del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada de 30 de junio de 1983 confirmatoria en alzada de la dictada, en fecha 30 de marzo anterior por el

Vicealmirante Director de Construcciones Navales Militares, en la que se impone a la citada Empresa una penalidad de 31.016.085. pts. por retraso injustificado de 3 meses y 10 días en la entrega provisional a la Armada de la Corbeta "CAZADORA".

Segundo: Esta Corbeta, primera de la serie de cuatro, tipo "Descubierta", debía haber sido entregada, con arreglo a la Orden de Ejecución, por la Factoria de El Ferrol de la E.N. Bazán el 22 de marzo de 1980. No obstante, y como consecuencia del retraso en la recepción de los materiales de Lista "A", suministrados por la Marina americana, respecto a las fechas en que se necesitaban para cumplir con las de entrega fijadas en la Orden de Ejecución, se firmó el 5 de enero de 1979 la Modificación nº 1 a la citada Orden figurando en ella, como fecha de entrega provisional de la Corbeta "CAZADORA", la de 22 de marzo de 1981. Admitido por la Administración un retraso de 18 días, como consecuencia de las anormalidades y paros laborales producidos en la Factoría, la entrega de la referida Corbeta, que tuvo lugar el 20 de julio de 1981, se ha producido, a juicio de la Administración, con un retraso de 3 meses y 10 días.

Tercero: la Empresa Nacional Bazán sostiene en la demanda que la demora que le imputa la Administración se produjo por fuerza mayor. También aduce que en fecha 15 de octubre de 1980 expuso a la Armada las razones justificativas del retraso solicitando al propio tiempo una ampliación de los plazos de entrega de las cuatro construcciones en la extensión necesaria para cubrir dichas causas de fuerza mayor, fijando la entrega de la Corbeta "CAZADORA" para el 22 de agosto de 1981, a pesar de lo cual y debido al esfuerzo desplegado, de medios humanos y técnicos, logró adelantar en un mes –20 de julio de 1981– la fecha inicialmente prevista.

Las causas que se aducen por la actora como determinantes del retraso producido son: a) Demora en la recepción de los motores propulsores, que produjo –dice– un retraso de cuatro meses. En el escrito citado de 15 de octubre de 1980 se señala que este retraso se debió a los fallos que se presentaron en las pruebas de banco con posterioridad a la entrega del primer motor que tuvo lugar el 20 de noviembre de 1979. Los fallos dieron lugar a que la recepción del cuarto motor se produjera a finales de mayo y no de enero siguiente, como estaba previsto en el ritmo de entregas; b) Retraso de la Dirección de Construcciones en la aprobación de los cálculos y planos base para la obra de aceros derivados del nuevo sistema ALBATROS que la Marina decidió instalar en la Corbeta, ya que entregados aquéllos el 20 de marzo de 1980 fueron aprobados el 23 de mayo y remitidos a la Inspección de Construcciones el 2 de junio; y c) Insuficiencia de diques que provocó, a juicio de la recurrente, una demora adicional de un mes, ya que las novedades estructurales impuestas por la Armada no podían realizarse, teniendo en cuenta los riesgos que comportaban, a flote, siendo necesario adaptar para dicha operación el Dique nº 1.

Cuarto: Lo primero que es preciso señalar, a la hora de valorar las causas

del retraso invocadas por la recurrente, es que dificilmente pueden considerarse como de fuerza mayor, si se tiene en cuenta que ninguna de ellas, es ajena, por su misma naturaleza, al círculo de actividades de aquélla, condición primera para que pueda hablarse de fuerza mayor, aún en la hipótesis de que los retrasos derivados de tales causas no fueran imputables a la Empresa constructora.

También es necesario dejar constancia de que, a pesar de la solicitud formulada por la Bazán en escrito dirigido en 15 de octubre de 1980 a la Inspección de Construcciones de Ferrol, las nuevas fechas de entrega propuestas para las cuatro Corbetas, y concretamente para la "CAZADORA" no fueron aceptadas por la Administración, pues en la misma demanda se reconoce que la Dirección de Construcciones no se pronunció sobre esta petición. Por tanto, es inútil la invocación que en este recurso se hace de la Cláusula 38 del Contrato MARINA-INI por no ser posible conocer aquí de una presunta denegación de prórroga, que no es el acto combatido en este recurso.

Quinto: Pero no solo es ésto lo único que se opone al éxito de la pretensión de anulación de la resolución recurrida. En los informes obrantes en el expediente se analizan minuciosamente las causas que determinaron el retraso en la entrega de la Corbeta al hilo de las alegaciones efectuadas por la Empresa constructura sin que los datos suministrados por las autoridades navales hayan sido refutados en este proceso en el que no se ha practicado prueba alguna por aquélla.

Así, respecto al retraso producido por la demora en la recepción de los motores propulsores, el informe del Contralmirante Ingeniero Subdirector de Construcciones dice que entre los meses de noviembre de 1979 y febrero de 1980 se produjeron diversas averías sistemáticas durante el rodaje y pruebas de banco de los motores, consistentes en gripajes parciales de los cilindros, motivadas por un defectuoso lapeado de las camisas, como consecuencia del empleo de piedras de lapear inadecuadas. En la demanda, en cambio, se guarda silencio sobre tales causas y lo único que se afirma es que los fallos fueron puntualmente expuestos a la Armada en la 6ª Conferencia de Adelanto del Programa, lo mismo que se adujo en escrito de 15 de octubre de 1980 y posteriormente en las alegaciones formuladas en el expediente.

Respecto al retraso en la recepción de la información necesaria para las reformas estructurales como consecuencia de la instalación del sistema de misiles ALBATROS se informa también por la misma autoridad que se señaló repetidamente a la Factoría del Ferrol que era responsable de obtener de la de Cartagena los planos de construcción, incluídos los necesarios para las indicadas reformas, añadiéndose en el informe previo a la resolución del recurso de alzada, suscrito por el Vicealmirante Director de Construcciones Navales Militares, que si la Factoría de Ferrol necesitaba disponer, antes del 20 de marzo de 1980, la información técnica necesaria para acometer la obra de aceros derivada del nuevo sistema de misiles ALBATROS, bastaba con que la Factoría de Cartagena –astillero guía– la hubiera

presentado antes del 20 de febrero de 1980 ya que, de acuerdo con la Cláusula 56 del Contrato MARINA-INI, se hubiera considerado aprobada si en el plazo de un mes no se hubiese comunicado ninguna objeción. Pues bien, tampoco se hace en la demanda alusión a alguna explicación. Solo se dice que los planos, entregados el 20 de marzo de 1980, fueron aprobados por la Dirección el 23 de mayo y remitidos por la Inspección de Construcciones el 2 de junio, de lo que se desprende, si efectivamente fue así, que la empresa no se distinguió precisamente por su diligencia cuando la primera de estas fechas es la que se cita en el tan repetido escrito de 15 de octubre de 1980 como de cumplimiento del plazo para la recepción de la información técnica necesaria, según el punto 2.1.4 del Memorando de la 6ª CAP.

Por último, no es convincente el razonamiento que trata de justificar una demora de un mes por insuficiencia de diques. Que las modificaciones estructurales necesarias para la instalación del sistema de lanzamiento ALBATROS exigieran la varada del buque no desvirtúa el argumento de que la Factoría debió tenerlo en cuenta al efectuar la programación de la construcción. Por otro lado, en la demanda no se hace comentario alguno respecto al informe del Vicealmirante Director de Construcciones Navales Militares, apoyado en el Anexo III relativos a los porcentajes de obras, en el que se pone de relieve que durante el período julio-agosto de 1980 el 97,5% del total de la obra realizada corresponde a los conceptos 2 a 9 de dicho Anexo, lo que está de acuerdo –se dice en dicho informe– con el hecho de que la Bazán trabajó, durante el período de estancia en dique, en otras actividades de la construcción distintas de la modificación estructural, no considerándose que existiera retraso alguno como consecuencia de la varada.

Sexto: Como colofón de lo expuesto procede estimar el recurso de apelación deducido por el Letrado del Estado sin que en materia de costas deba hacerse pronunciamiento condenatorio.

Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 19 de febrero de 1988.
Ponente: Excmo. Sr. D. Julián García Estartús.

Fundamentos Jurídicos

Primero: Que de las actuaciones practicadas en el expediente administrativo se deduce que la demora de tres meses y tres días en la entrega de la patrullera "Anaga" imputada a la recurrente, apelante en esta instancia, "Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S.A." a la Armada que dio lugar a la imposición de una multa de 3.178.363 ptas., en base a lo dispuesto en el Decreto de 10-IX-66 por el que reguló la contratación del Estado con esa Empresa dependiente del I.N.I., no fue debida a una actuación negligente de la contratista sino que en las diversas concausas determinantes de ese retraso concurrieron circunstancias ajenas a su voluntad alguna de las cuales atribuíbles a la Administración: defectuosa apreciación por el anteproyecto de las condiciones del buque en relación con su

desplazamiento con incidencia en el definitivo proyecto y modificación de las condiciones y alternativas en la construcción que demandaron un distinto desarrollo de los planos y pedidos de materiales no previstos inicialmente que no fueron atendidos dentro de plazo por las empresas suministradoras por causa de paros laborales: retraso en el recibo de materiales empleados en la superestructura de la nave y de la línea de ejes, que a su vez produjo una demora en su mecanización, que no puede imputarse a la recurrente que realizó las gestiones pertinentes para que se le entregarán esos materiales con la mayor prontitud posible en las que intervino la Dirección de Construcciones Navales que estuvo informada de las vicisitudes relativas a esa demora; habiéndose producido por necesidades de la Armada de reparar el buque "Alsedo" un nuevo retraso al no disponerse de dique para la instalación de los elementos propulsores del buque, de todo lo cual se infiere que la cláusula de penalidad establecida en el meritado Decreto, cláusula 67 no era aplicable al presente supuesto. "La Empresa podrá ser sancionada con multas en los casos y cuantías que se especifican en las cláusulas siguientes"...: "Por retardo injustificado en la entrega de las construcciones y obras respecto al plazo señalado en la Orden de ejecución... "cláusula 68, al estar justificado el retardo en la entrega del "Anaga", y por ende, no incardinado este caso en esa cláusula 68, toda vez que fijado, en principio, con fecha en la que finalizaba el plazo el 22-7-79, no fué aquel consecuente a la actuación de la Empresa constructora, respecto a la cual por el Ingeniero Jefe de Inspección de las Nuevas Construcciones de la zona Marítima del Estrecho se informó el 28-XII-81; "Como punto final, esta Jefatura expresa que con independencia de no compartir en su totalidad las justificaciones que la E.N. Bazán expone, como queda reflejado en el presente informe, es de destacar que en determinado período del desarrollo de la Construcción del asunto la misma tuvo dentro de la Empresa y a todos los niveles un carácter preferencial no escatimándose ningún medio, trabajándose de manera intensiva en período de cierre de vacaciones, utilizando en profusión horas extraordinarias, etc. En resumen: adoptando una actitud generalizada muy encomiable al objeto de compensar el retraso existente y consiguiéndolo reducir, si bien no fue conseguido de manera total", informe acorde con las diligencias constatadas en el expediente administrativo.

Segundo: por lo expuesto en el apartado anterior se excluye la responsabilidad de la Empresa constructora del "Anaga" al quedar evidenciado la concurrencia de causas de fuerza mayor y otras imputables a la propia Administración y a supuestos objetivos ajenos a la actividad de aquella a lo que no puede oponerse la circunstancia de que la E.N. Bazán se hubiera obligado a efectuar una estimación del proyecto antes del 22-XI-78 o sea a los cuatro meses siguientes a la firma del contrato, estimación que se demoró hasta el 6-2-79, pues esa demora debe apreciarse como forzosa dada la entidad de los deficiencias observadas en las características técnicas de aquél formulado por los servicios técnicos de la Marina, que alteraron de forma substancial

algunos elementos básicos del proyecto, de las que trajeron causa las demás circunstancias, ya indicadas, causantes de la demora, que fue de cinco meses de los que solo la Administración imputó a la recurrente tres meses al objeto de cuantificar la multa imponible, ya que los trabajos de estudio del anteproyecto fueron de tal envergadura que dio lugar a un nuevo proyecto de construcción del busque teniendo la propia Administración que demorar la aprobación definitiva hasta el 23-4-79; sin que por la Armada en el tiempo transcurrido entre el mes de noviembre de 1978 y febrero de 1979 se pusiera objecciones al empleado en la formulación de dicha estimación: y si bien es cierto que con posterioridad la E.N. Bazán se comprometió a entregar la nave el 22-4-80 esta devino imposible ya que las modificaciones técnicas dieron lugar a la necesidad de nuevos materiales que no le fueron entregados por causas no imputables a la misma, por todo lo cual, y dado que la penalidad establecida en la mencionada cláusula en caso de demora, no es aplicable por unos hechos no imputables al contratista, artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado, no se puede legitimar, en este supuesto una sanción aunque ésta dimane de una norma reguladora del contrato penalizadora de la demora del contratista en su cumplimiento cuando, a mayor abundamiento, como tiene reconocido la propia Administración la contratista puso todos los medios a su alcance para paliar los efectos del retraso, y debe exonerarse de responsabilidad a la E.N. Bazán en la demora en la entrega del "ANAGA" que de no demorarse en la formulación de la estimación del proyecto de la Armada dadas las circunstancias relativas a los paros laborales y falta de dique para el acabado en la instalación de los mecanismos de propulsión procede, racionalmente, entender que se hubiera producido la misma demora en la entrega de la nave, que no cabe pues atribuir el retraso en el estudio del anteproyecto; del que se prescindió además por la propia Administración y la recurrente al convenir el 21-6-79 una reducción en el plazo de entrega en el que incidieron lós meritados paros laborales e indisponibilidad de un dique, con posterioridad a haberse aprobado el proyecto definitivo por los servicios técnicos de la Marina.

Tercero: Por lo relacionado en los apartados anteriores procede dar lugar al recurso de apelación interpuesto, revocar la Sentencia apelada y anular los Acuerdos impugnados dejando si efecto la multa impuesta a la E.N. Bazán: sin que se aprecie temeridad o mala fe al objeto de la imposición de costas según lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Audiencia Nacional. Sentencia de 29 de junio de 1988.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Gómez-Villaboa y Novoa.

Fundamentos de Derecho

I. Básica cuestión de decidir en el presente recurso jurisdiccional es la referente a si las resoluciones recurridas son, o no, conformes a Derecho

cuando por ellas se deniega la petición formulada por la recurrente sobre revisión de precios correspondiente a las Obras de "Construcción de Parque de Defensa Química y contra Incendios en la Base Aérea de los Llanos (Albacete)", objeto del contrato de 12 de agosto de 1983; así conocida la disyuntiva a decidir, es de recordar que la Administración demandada fundamenta su negativa a la revisión de precios aludida, en que el Contratista y hoy Recurrente no ha cumplido el plazo contractual de ejecución de obras, lo que a su juicio impide la referida revisión de precios, a tenor, principalmente, del Art. 6 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero; pues bien, para la adecuada solución a tal disyuntiva ha de tenerse presente que premisa esencial para responsabilizar al Contratista de la demora de que se trata, es que la causa de la misma le sea imputable, tal como se lee en el Art. 45 de la Ley de Contratos del Estado; esto recordado y siendo así que la posible demora del contratista lo es por causas a él imputables; también esta exigencia claramente lo manifiesta el Art. 6 del aludido Decreto-Ley 2/1964 cuando dispone que "Para que los contratistas tengan derecho a la revisión en cualquiera de las modalidades previstas por este Decreto-Ley tendrán que haber cumplido estrictamente el plazo contractual y los parciales que se aprueben en los programas de trabajos establecidos por la Administración, desarrollando la obra fielmente al ritmo previsto. Las prórrogas otorgadas por causas inimputables al contratista no privan del derecho de revisión". Pues bien, aún considerando que la única prórroga pedida por el contratista lo fuera por causas inimputables al mismo, lo cierto es que la obra se termina el 4 de julio de 1983, cuando debía de haberse terminado el 30 de abril anterior (incluído los treinta y cinco días de prórroga concedida). No puede entenderse que la Administración concede una segunda prórroga para que se lleve a cabo la terminación de la obra, pues ésta no fue solicitada en el plazo que establece el Art. 140 del Reglamento de Contratos del Estado, sino de acuerdo con lo que se dispone en el Art. 137 de dicho Reglamento, cuando establece las opciones que la Administración puede adoptar cuando se da el incumplimiento del Contrato, para el caso de que el contratista haya incurrido en demora respecto a los plazos, o la de la resolución del contrato con pérdida de fianza o por la imposición de las penalidades que se establecen. En el presente caso ese incumplimiento ha de considerarse imputable al contratista, incluso, aún cuando como quiere la recurrente, considerar el plazo que se le otorga en el momento de la recepción provisional de la obra como de los emanados del Art. 140 del citado Reglamento, este a los efectos del Art. 6 del Decreto-Ley 2/1964 por serle imputable el retraso no son de los que se computarán a efectos de revisión de precios. Y esto es así porque es el propio Contratista el que no justifica la inimputabilidad del retraso que origina este último plazo, ni intenta prueba alguna sobre ello.

II. De lo expuesto se deduce la desestimación del recurso, sin que se observe alguna circunstancia que aconseje una especial condena en costas.

V. DESTINOS MILITARES

Adjudicación de destino "por necesidades del servicio" y desviación de poder.

Tribunal Supremo (Sala Quinta). Sentencia de 18 de abril de 1988.

Fundamentos de Derecho

Segundo: El recurrente aduce que la desviación de poder se manifiesta en este caso, porque consta en las actuaciones una resolución de la Dirección General de la Guardia Civil de 1984, que dispone que siempre que al actor corresponda cualquier destino en la Agrupación de Tráfico o en otra unidad como mecánico de radio, no deberá asignársele, aplicándole el contenido del art. 55 del Reglamento sobre provisión de vacantes, que establece que el Ministro podrá disponer la no adjudicación del que pueda corresponderle, por necesidades de servicio, comunicándose al interesado que se ha aplicado el contenido de ese artículo; resolución que ha determinado la denegación que ahora se impugna, en la que no se han expresado las razones que delimitan la concurrencia de la necesidad de servicio, no bastando la mera cita del precepto nombrado; lo que viene a demostrar que se ha tratado de imponer al recurrente una sanción no prevista en la Ley y sin limitación de tiempo, utilizando las potestades otorgadas a la Administración Militar para la provisión de vacantes, no para los fines previstos de una adecuada organización militar, sino para imponer sanciones.

Tercero: Para la resolución que se dicta hay que tener en cuenta que como ha declarado este Tribunal en la Sentencia en interés de la Ley, del 21 de julio de 1987. Las facultades otorgadas a la Administración Militar por el art. 55 del Reglamento de provisión de destinos, de disponer la no adjudicación del que pueda corresponderle por necesidades de servicio, ha de entenderse directamente relacionada con la eficacia del cumplimiento de la misión que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas y asimilados, estructuradas en una imprescindible organización profundamente jerarquizada en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel primordial. Y que esa expresión, necesidades de servicio, constituye un concepto jurídico indeterminado, en cuya concreción actuó la Administración con un margen de apreciación, que no le dispensa de la necesidad de aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que le justifican.

Cuarto: Es cierto que la resolución impugnada, al denegar la adjudicación del destino cuestionado, se limita a decir que ello se hace en uso de las atribuciones conferidas por el art. 50 del Reglamento de Provisión de Vacantes, y, por necesidades del servicio, pero sin expresar cuales eran los hechos que concretaban ese concepto; sin que esa omisión se supliera en el

expediente. Pero también lo es, que esa grave irregularidad no llegó a producir indefensión para el recurrente, pues consta en autos que el administrado relacionó los hechos con unas sanciones que le habían sido impuestas con anterioridad, en fechas de 1974, y singularmente en 1981 en relación con la participación de la Unidad a que pertenecía en los sucesos del 23 de febrero de 1981, y en 1984, al no poder ser encontrado inmediatamente el actor al acaecer el atentado que costó la vida a un conocido General: sanciones que por la trascendencia de los hechos determinantes de las dos últimas, o intervención o relación con los mismos del actor, podían lógicamente ponerse en conexión con el concepto de necesidades del servicio, utilizado por la Administración. De modo que la constancia en autos de estas sanciones y hechos de que derivan, así como la propia entidad de las misiones propias de la Agrupación de Tráfico y de los mecánicos de radio, hacen racional pensar, que fueron ésas, las circunstancias que llevaron a la Dirección General de la Guardia Civil a dictar la resolución de 1984, poniendo de relieve para el futuro las limitaciones a considerar en las peticiones de destino del interesado si se referían a puestos relativos a dichas misiones, para cuyo desempeño cabía dudar, por los antecedentes del peticionario, de que se pudiera disponer de la total confianza de los mandos, y que esas mismas circunstancias determinaron la denegación recurrida; lo que en definitiva venía a suponer el uso de las potestades otorgadas por el Reglamento de Provisión, para los fines que le son propios, de garantizar el cumplimiento de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas bajo principios de la máxima unidad y disciplina en pro de la mayor eficacia de la Organización.

Quinto: En definitiva, estima este Tribunal que no se han aportado por el actor pruebas suficientes, capaces de llevar a la convicción moral de que la Administración había actuado con una intencionalidad torcida en el uso de sus potestades, por lo que al no apreciarse desviación de poder, procede la desestimación de esta apelación. No existiendo motivos para una condena en costas.

VI. FALLECIMIENTO EN ACTO DE SERVICIO

Circunstancias susceptibles de integrar los conceptos jurídicos indeterminados: *"acto de servicio con ocasión o como consecuencia del servicio" y "riesgo específico del servicio"*.

Audiencia Nacional. Sentencia de 14 de marzo de 1988.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

Fundamentos Jurídicos

Primero: Se interpone el presente recurso contra la resolución del Sr. Ministro de Defensa de 29 de agosto de 1985 y contra la resolución del mismo de 24 de abril de 1986, por la cuál se desestima el recurso de reposi-

ción interpuesto frente aquélla. Es pretensión del actor que se declare que el fallecimiento de su hijo Cabo primero, se produjo en acto de servicio.

Segundo: Sobre las 23,30 horas del día 15 de junio de 1982, el "Jeep" Viasa ET –65.782, conducido por el hijo del actor, perdió el control saliéndose de la calzada y volcando. Como consecuencia del accidente falleció el hijo del hoy actor, así como otro soldado. El fallecido se encontraba al frente de un Destacamento del Regimiento de Infantería Mallorca nº 13, de Lorca, custodiando el repetidor telefónico "Celia", sitio en Jumilla. Los ocupantes del vehículo militar accidentado volvían de esta localidad tras realizar una serie de cometidos en el Cuartel de la Guardia Civil de la misma.

Basa el Sr. Ministro de Defensa su negativa en no concurrir los requisitos del art. 34,1 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar, al no producirse la muerte en acto de servicio ni derivarse de un riesgo específico del cargo, declarando como probado que volvían al Destacamento después de una horas de esparcimiento.

Tercero: La Administración adopta una decisión discrecional –no considerar la muerte acaecida en acto de serivicio– tras integrar en el presente caso dos conceptos jurídicos indeterminados: que se produzca el fallecimiento en acto o con ocasión o como consecuencia del servicio y que el evento determinante del hecho sea un accidente o riesgo específico de cargo (art. 34 D. 1211/11/72, de 13 de abril en relación con el art. 34 D. 1599/72, de 15 de junio.

Cuarto: En el presente caso la Administración tiene por probado que los accidentados volvían de un rato de esparcimiento. Sim embargo, del expediente instruído en su día no existe vestigio alguno de prueba que sirva para fundar tal aserto, pues la prueba que se practica –la única realmente posible– es la declaración de los soldados supervivientes los cuales declaran (folios 25 y 30) que se desplazaron a Jumilla para llevar "papeles al Cuartelillo" y para llevar "radios" o comunicaciones al mismo. No hay prueba fehaciente, concluyente, que sirva para poder afirmar que volvían tras un rato de esparcimiento, por lo cuál procede estimar la demanda.

Por otra parte, los conceptos "acto de servicio, con ocasión o como consecuencia del servicio" así como el concepto "riesgo específico del servicio" quedan integrados al ir el fallecido de uniforme, en vehículo militar, dirigiéndose a su Destacamento acompañado por los soldados a sus órdenes tras realizar una serie de cometidos en el Cuartelillo relacionados con el servicio.

Audiencia Nacional. Sentencia de 30 de abril de 1988.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto de Amunategui y Pavía.

Fundamentos de Derecho

Primero: En el presente recurso se impugna la denegación del fallecimiento en acto de servicio, de D. José, Comandante de Infantería DEM.

Segundo: Exigiendo el art. 34 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar, para la concesión de pensión extraordinaria, que el fallecimiento se produzca en acto u ocasión del servicio, lo que no se discute en autos, solo examinaremos si se dá el segundo requisito exigido si el hecho fue debido a "riesgo específico del servicio".

Tercero: El Tribunal Médico estima que si bien en este caso parece haber una clara relación entre el stress infarto de miocardio y muerte, no se habría producido de no concurrir factores de riesgo coronario concomitantes, o sea si el stress hubiera actuado sobre un corazón sano. Probado por declaraciones del Coronel D. Luis, del Comandante D. Jesus, por el Capitán D. Gabriel, que durante las maniobras de Grandes Unidades denominadas Cameros 83 estuvo el fallecido desarrollando una intensa e incansable labor durmiendo muy pocas horas desde el 30 de septiembre al 5 de octubre de 1983, fecha en que le dió el infarto, estando en la noche del 4 al 5 de octubre recorriendo las unidades hasta altas horas de la madrugada, lo que virtualmente le impidió dormir, por fallos en las transmisiones y busca de una patrulla perdida, probado, repetimos, el stress, que incluso admite el informe médico, no cabe admitir que a pesar de la clara relación no sea debido a otros factores concomitantes, pues tal suposición, no probada, cae por su base si se tiene en cuenta que en 1981 pasó la Reválida Paracaidista y que también pasó revisión médica el 9.11.82 para demostrar su perfecto estado de salud, lo que hace decaer la presunción del Tribunal Médico, de una enfermedad previa; por todo ello procede estimar el presente recurso.

Audiencia Nacional. Sentencia de 16 de abril de 1988.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto de Amunategui y Pavía.

Fundamentos de Derecho

Primero: En el presente recurso, se impugna la denegación del fallecimiento en acto de servicio, de D. Manuel, Capitán de la Guardia Civil.

Segundo: El precitado Capitán, ante los robos de ganado que se producían, estuvo montando y manteniendo el servicio, controlando las carreteras y los camiones que transportaban ganado, desde las 13 horas hasta las 23, en que sintiéndose indispuesto emprendió regreso a Cazalla de la Sierra,

donde llegó a las 0.30 horas, falleciendo sobre la 1 de un infarto de miocardio.

Tercero: Admitiendo que el fallecimiento pudo producirse a consencuencia de un acto de servicio, para que se cumpla el art. 41,1 de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar, es necesario que el fallecimiento se produzca como consecuencia o riesgo específico del acto de servicio, por ello informándose por el Tribunal Médico que "este proceso pudo ser consecutivo a una oclusión de un tronco arterial importante en el sistema coronario cuya causa primaria es un proceso arterioesclerótico. Se trata, por consiguiente, de una enfermedad común, en la que no es aceptable más que el hecho de que el fallecimiento ha tenido lugar durante el servicio y en lugar de trabajo habitual, pero no es demostrable ni consta, que lo haya sido a consecuencia de dicho servicio"; por todo ello hemos de concluir que falta la segunda condición para considerar se ha producido una muerte en acto de servicio, procediendo por ende confirmar totalmente la resolución recurrida.

Audiencia Nacional. Sentencia de 13 de febrero de 1988.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto de Amunategui y Pavía.

Fundamentos de Derecho

Primero: En el presente recurso se impugna la denegación del fallecimiento en acto de servicio de D. Luis, Comandante de Artillería.

Segundo: El citado Comandante en el año 1983, preparando las maniobras "Azor 83" en Zaragoza. contrajo la enfermedad denominada "legionella" produciéndosele una bronconeunomía bilateral, enfermedad con secuela de complicaciones osteoarticulares y afectación del estado cardiocirculatorio y stress, reincorporado al servicio el 27-6-84, ante una próxima visita de inspección aumentó su actividad, disminuída por la secuelas, sufriendo un desmayo cuando pasaba revista a los dormitorios del acuartelamiento de su destino, a las 11,30 horas, siendo evacuado al Hospital Militar de la Coruña y falleciendo a las 22,00 horas del mismo día como consecuencia de un paro cardíaco, por ser víctima de un infarto de miocardio.

Tercero: Comprobado que el fallecimiento se produjo realizando un acto de servicio, para que se cumpla el Art. 34 de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar, es necesario que el fallecimiento se produzca como consecuencia o riesgo específico del acto de servicio, por ello informándose por el Tribunal Médico que "el Comandante de Artillería D. LUIS, fallecido de infarto de miocardio, diagnosticado en su presentación y evolución clínica hasta el exitus, sin que se pueda argumentar como desencadenante la legionellosis sufrida un año antes, sin incidencia cardíaca registrada, que de otra parte no suele darse, no por la acción de su estado depresivo junto al Servicio que estuvo realizando y que no puede admitirse penoso, ya que

cuando se dió el infarto, estaba en Revista de Dormitorios en el Acuartelamiento. El estado psíquico obsesivo, denuncia una caracterología que no incide en la producción del infarto y de otra parte no se refiere obesidad, hipercolesterolemia, vida sedentería ni arteriopatías, llegándose a la conclusión de que falleció de infarto de miocardio estando de Servicio, pero no con ocasión del Servicio."

VII. GRATIFICACION ESCOLAR

Alcance del respeto a los *derechos* adquiridos por los funcionarios en materia económica.

Audiencia Nacional. Sentencia de 9 de mayo de 1988.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

Fundamentos de Derecho

Primero: Se interpone el presente recurso por la representación de don Carlos, Comandante de Infantería, contra la resolución del Subsecretario de Defensa de 17 de abril de 1986, desestimatoria del recurso interpuesto contra la resolución de 29 de mayo de 1985, denegatoria de gratificación que venía percibiendo desde su incorporación al Curso de Estado Mayor del Ejército.

Segundo: El actor fue designado alumno del citado Curso percibiendo la indemnización de Estudios arriba indicada, todo ello al amparo de las Ordenes de 20 de enero de 1977 y 9 de agosto de 1978, siéndole retirada, sin embargo a partir de julio de 1984. En base a lo cuál, el recurrene funda sus pretensiones –que se le abonen las cantidades que por tal concepto se le adeudan desde julio de 1984 hasta que finalizó el Curso– en el respeto a las bases de la convocatoria, la irretroactividad de las normas, el respeto a los derechos adquiridos, pretensiones a las que se opone la Administración alegando la aplicación de la Ley 20/84 de 15 de junio, el R.D. 1274/84 de 4 de julio y la Orden de 5 de julio de 1984, disposiciones en cuyo conjunto vienen a establecer un nuevo sistema retributivo derogatorio del anterior y que no comprende la indemnización ahora reclamada.

Tercero: Para una adecuada comprensión de este recurso, hay que examinar la normativa reguladora de la gratificación en cuestión, y a tal efecto se observa que la misma fue establecida para el personal militar de las Fuerzas Armadas, por Orden de 9 de agosto de 1978 que se remite a la Orden de 20 de enero de 1977. Por su parte, la Ley 20/84 de 15 de junio, de devengos Militares, establece un nuevo régimen retributivo con efectos económicos de 1 de enero de 1984, en cuya disposición transitoria 5ª-1 establece que los conceptos retributivos hasta entonces existentes serán absorbidos por los establecidos en la misma, señalando en su apartado 2 aquéllos conceptos que con el carácter a extinguir seguirán conservándose mientras sub-

sistan las circunstancias que determinaron su reconocimiento. En este contexto, el concepto retributivo que se discute, ya sea considerado como gratificación por servicios extraordinarios, criterio que sostiene la Administración, ya que se identifique como indemnización por estudios como hace la Orden de 20 de enero de 1977, aparece incluído en el apartado nº 1 de la citada disposición transitoria 5ª, y por lo tanto absorbida en el nuevo sistema retributivo, ya que no puede indicarse en ninguno de los supuestos previstos en el apartado nº 2. Como consecuencia, tal concepto retributivo queda sujeto a las previsiones del art. 5º de la Ley 20/84, que se desarrollan primero por el Real Decreto 1274/84 de 4 de julio y posteriormente, en virtud de la autorización al Ministro de Defensa contenida en la disposición final primera del mismo, por la Orden de 5 de julio de 1984, en cuya disposición transitoria 2º-4º expresamente se considera desaparecida, con efectos de 1 de enero de 1984, "la Gratificación Escolar, regulada por Orden Ministerial de 9 de agosto de 1978", si bien se consideran devengadas y no absorbidas las cantidades percibidas por dicho concepto. Pone todo ello de manifiesto, que desde el 1 de enero de 1984, desaparece como concepto retributivo la gratificación en cuestión, aunque se respetan las cantidades devengadas hasta la publicación y entrada en vigor de dicha Orden, por lo que la actuación de la Administración dejando de acreditar en las nóminas desde julio de 1984 la expresada gratificación, ha de entenderse ajustada a la normativa examinada.

Ante esta situación sólo queda por examinar, si las alegaciones formuladas por el recurrente pueden prosperar e imponerse al planteamiento indicado, y a tal efecto es de señalar lo siguiente: A) que la base 8ª de la convocatoria sólo indica que los interesados percibirán "las gratificaciones que correspondan", en consencuencia aquéllas que en atención a la normativa aplicable en cada momento resulten procedentes y no otras, quedan sujetas a las modificaciones legales y reglamentarias que se produzcan como en el presente caso, sin que ello suponga inobservancia de la convocatoria, como sostiene el recurrene, sino cumplimiento de la misma; B) que el respeto a los derechos adquiridos en materia económica, implica que el funcionario no puede percibir, bajo la nueva normativa, retribuciones inferiores a las que venía devengando consideradas en su totalidad, no abarcando tal derecho a los conceptos que componen tales retribuciones, que pueden modificarse legalmente y por la Administración en el ejercicio de su potestad organizativa, con sujeción a los principios de legalidad y jerarquía normativa; y es el caso que los recurrentes no han alegado y menos acreditado, que como consencuencia del nuevo sistema retributivo, que ha de aceptarse en su totalidad y no sólo en aquéllo que resulte beneficioso, sus retribuciones se hayan visto menguadas, lo que lleva a rechazar la alegación de infracción al principio de respeto a los derechos adquiridos invocada por los mismos; C) igualmente ha de rechazarse la alegación de infracción del principio de irretroactivida de las normas, que al amparo del art. 9-3 de la Constitución se ejercita en la de-

manda, pues para ello y como se ha dicho antes, sería preciso acreditar que la implantación al nuevo sistema retributivo ha supuesto una reducción de sus retribuciones, restrigiendo sus derechos económicos, lo que no ha tenido lugar, y en todo caso, es claro que en lo que se refiere a la gratificación en cuestión, dado que las cantidades devengadas se han respetado, los efectos de su desaparición se han producido para el futuro desde la entrada en vigor de las normas antes examinadas y no con carácter retroactivo.

Cuarto: Que no puede prosperar la impugnación de las resoluciones en base a posibles vicios de forma. Así no puede hablarse de una nulidad de pleno derecho por omisión total del procedimiento (art. 47,1,c de la L.P.A.) pues la diferencia en la calificación del escrito –petición graciable por solicitud ejercitando un derecho subjetivo atendible– no ha perjudicado al actor ni le ha irrogado indefensión alguna toda vez que ha obtenido una resolución administrativa fundada. Tampoco puede hablarse de anulabilidad por vicios en la notificación, pues tal aserto no ha pasado de ser un simple alegato.

En idéntico sentido se pronuncian las sentencias de la Audiencia Nacional de 18 de enero, 12 de marzo y dos más del día 7 de marzo de 1988.

VIII. INUTILIDAD FISICA COMO CONSECUENCIA DE ACTO DE SERVICIO

Distinción entre *"acto de servicio"* y *"disponibilidad plena"*.
El concepto *"lesiones con ocasión del servicio"* y el de *accidente "in intinere"*.
Audiencia Nacional. Sentencia de 29 de febrero de 1988.
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Primero: Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por la representación de D. José, Guardia Civil retirado, contra la Orden de 5 de mayo, de 1984, por la que se acuerda su pase a la situación de retirado, y contra lal resolución de 21 de mayo de 1986, por la que se desestima el recurso de reposición contra aquélla. Es pretensión del actor ante esta jurisdicción que se declare que las lesiones motivadoras de su pase a la situación de retirado fueron ocasionadas por razón del servicio o, alternativamente, se acuerde el ingreso en el Cuerpo de Mutilados.

Segundo: El día dos de diciembre de 1980, al volver a su domicilio, el vehículo que ocupaba fue alcanzado por otro sobre las 17,40 horas, resultando el actor con heridas que causaron la declaración de inutilidad para el servicio. Basa sus pretensiones en la consideración de que, según la reglamentación propia de la Guardia Civil, sus miembros están siempre de servicio, pudiendo aplicarse la figura del accidente "in itineris".

Tercero: Procede, no obstante, desestimar el recurso por las siguentes

razones. Una cosa es que un miembro de la Guardia Civil deba considerarse siempre de servicio –disponibilidad plena– y otra es que se encuentre en acto de servicio. De ahí que se consideren como lesiones en acto de servicio o con ocasión del servicio aquéllas que se causen en virtud de un riesgo propio de ese servicio.

Por otra parte, el actor sostiene que el accidente ocurrió justo al retornar a su domicilio. Para ello pretendía presentar como testigos a aquéllos que le acompañaban en el momento del accidente y que fueron a buscarle a su lugar de trabajo. Tal declaración no se ha prestado por presentarse dicha prueba casi expirado el plazo de un mes de proposición y práctica de la misma. No obstante, obra en el expediente una certificación del Teniente Comandante Accidental de la Tercera Compañía del Parque de Automovilismo de la Guardia Civil, lugar donde el actor prestaba servicios, señalando que el día del accidente finalizó su trabajo a las 14 horas, ocurriendo el accidente a las 17,40, lo cuál impide una interpretación benévola del concepto "con ocasión del servicio" (art. 7, L.112/66, de 28 de diciembre) debiendo resaltarse que el expediente fue en su día incoado de oficio.

Cuarto: Tampoco puede acordarse el ingreso del actor en el Cuerpo de Mutilados y ésto por una sencilla razón. Tal pretensión es nueva, no fue ejercitada en vía administrativa. Esta Sala revisa actos administrativos, lo que no puede hacer es, sin más, suplantar las potestades de la Administración y tener por efectuados los pertinentes exámenes médicos. No se está, por tanto, ante nuevos motivos para fundar la pretensión (art. 68,6 LJCA), sino ante una nueva e inédita pretensión del actor cuya estimación irrogaría dejar indefensa a la Administración.

Quinto: No apreciándose temeridad o mala fe, no se hace imposición de costas (art. 131,1 LJCA).

IX. INVALIDACIONES DE NOTAS DESFAVORABLES

Derogación de toda facultad discrecional de la Administración pues en todo caso y concurriendo los requisitos objetivos del artículo 56 de la Ley Orgánica 12/1985 de 27 de noviembre del Régimen Disciplinario, debe proceder a la cancelación solicitada en la forma establecida por el artículo 58 de la misma.

Audiencia Nacional. Sentencia de 14 de marzo de 1988.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

Fundamentos de Derecho

Primero: El presente recurso tiene por objeto la resolución del Ministerio de Defensa de 15 de enero de 1985 que se denegaba la solicitud de invalidación de dos notas desfavorables en su hoja de servicios, extendién-

dose el recurso a la desestimación presunta del de reposición formulado frente a aquella.

Segundo: El actor fué sancionado el 12 de junio 1980 por el Teniente Coronel Jefe Accidental del Parque Central de Transmisiones como autor de una falta leve prevista en el art. 443 del Código de Justicia Militar, de "ausencias injustificadas fuera de la Región", con catorce días de arresto, y el 1 de mayo de 1981 por el Capitán General de Canarias, como autor de una falta leve prevista en el mismo artículo del Código de Justicia Militar, de "actos contrarios a la diginidad Militar", con otros 14 días de arresto. Por escrito de 27 de mayo de 1983, solicitó la invalidación de las correspondientes notas desfavorables de su Hoja de Servicios alegando que se había cumplido el plazo señalado en el art. 1053 del Código de Justicia Militar. Instruído el oportuno expediente en el que informaron favorablemente el General Intendente Jefe de los Servicios de Intendencia de Canarias que cursó la instancia y otros superiores así como la Autoridad que le impuso el primer correctivo, y desfavorablemente el General Intendente del Ejército, el Capitán General de Canarias que impuso el segundo correctivo, el Asesor Jurídico General, el Fiscal Togado y el Consejo Supremo de Justicia Militar, terminando el expediente por resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de 15 de enero de 1985 por la que, atendiendo a dichos informes y la "especial naturaleza de los hechos sancionados como actos contrarios a la dignidad militar", se denegaba la expresada solicitud de invalidación, interponiéndose el presente contencioso en que el actor mantiene su pretensión inicial.

Tercero: El Código de Justicia Militar de 4 de junio de 1945, en su artículo 1053, atribuye a la invalidación de las notas desfavorables el carácter de gratificación a la discrecionalidad administrativa, sin embargo, dicha situación ha sido objeto de adaptación a los criterios constitucionales recogidos en el Código Penal, en el Código Penal Militar de 9 de diciembre de 1985 corriente y Orgánica 12/1985 de 27 de noviembre, que regula el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas conteniendo los principios generales que inspiran el derecho positivo, derogando el antiguo Código de Justicia Militar en ésta materia y recogiendo en el Título IV, Capítulo VI, el Sistema de anotación y cancelación de las sanciones disciplinarias, señalando expresamente en el *art. 56, que las notas desfavorables, tratándose de falta leve, serán canceladas a instancia del interesado una vez transcurrido el plazo de dos años desde que se cumplió la sanción, y siempre que durante ese tiempo no haya sido impuesta ninguna pena o sanción disciplinaria,* circunstancias concurrentes en este supuesto, pues al plazo, idéntico al exigido en la normativa anterior, ha de añadirse el contenido de los reiterados informes de los que se desprende la inexistencia de pena o sanción posterior, lo que determina por si mismo la cancelación de las notas en cuestión, ya que esta nueva normativa, aplicable al caso como más favorable para el sancionado al amparo de la disposición transitoria segunda de la propia ley Orgánica

12/1985, establece unos requisitos objetivos para determinar la procedencia de la cancelación, que son los antes reseñados,*sin atribuir facultades discrecionales a la Administración, que en todo caso, concurriendo dichos requisitos, debe proceder a la cancelación solicitada en la forma establecida* en el art. 58. por todo lo expuesto, procede estimar el presente recurso y anulando las resoluciones impugnadas por ser contrarias al ordenamiento jurídico, declarar el derecho del actor a la cancelación de las notas desfavorables en cuestión con los efectos y consencuencias que señala la Ley.

Cuarto: No da lugar a hacer una expresa condena en costas, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

X. PROFESORES DE LA ENSEÑANZA MILITAR SUPERIOR.

Tiempo máximo de permanencia continuada en el ejercicio del profesorado e irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Tribunal Supremo (Sala Quinta). Sentencia de 24 de mayo de 1988.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres.

Fundamentos de Derecho

Primero: El recurrente, Capitán de Infantería, con destino en calidad de profesor en la Academia General Militar, impugna la disposición transitoria segunda de la Orden del Ministerio de Defensa de 22 de diciembre de 1985, en cuanto dispone que a la finalización del curso escolar 1986/87 sea de plena aplicación lo dispuesto en el artí. 8-3 de la misma, según el cual el tiempo máximo de permanencia continuada en el ejercicio del profesorado, con independencia del empleo, será de seis años.

El fundamento de la impugnación se centra en que entiende la parte recurrente que la citada disposición transitoria implica una ilegal aplicación retroactiva del precepto contenido en el artículo 8-3, al computar los años que se hubiese servido como profesor con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden para determinar el tiempo máximo de permanencia en dicho servicio, afectando así al derecho adquirido a su inamovilidad en el mismo.

Segundo: Por lo que se refiere a estas alegaciones, las normas que se invocan son los artículos 45-3 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 9-3 de la Constitución, en cuanto garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Respecto al primero de los preceptos citados, para que hubiere lugar a su aplicación sería preciso que la naturaleza de la transitoria fuese la propia de los actos administrativos, lo que pretende argumentarse por el recurrente sobre del criterio de que con ella se trata solamente de referir a un colectivo concreto lo ordenado con anterioridad en el reglamento y que por eso sería materialmente un mero acto administrativo.

No es éste, sin embargo, el sentido y naturaleza del precepto; en realidad lo que enuncia y dispone es la demora en un año o curso escolar de la plena aplicación del nuevo sistema de limitación temporal a los oficiales que al tiempo de la entrada en vigor de la Orden estuvieran destinados como profesores. Se trata, por tanto, de la característica finalidad de las disposiciones transitorias de amortiguar los efectos más o menos radicales que se puedan producir como consecuencia de un cambio normativo a las personas o intereses más directa o inmediatamente afectadas por el mismo. Precisamente esta finalidad las dota de naturaleza de auténticas normas, no de las de meros actos administrativos, porque constituyen una innovación respecto al contenido propio de las disposiciones principales o permanentes del texto legal del que formen parte. Así, respecto a la sometida a debate, es clara su autonomía normativa incluso en el hecho mismo de que, al ser recurrida por el actor, viene implícitamente a reconocer que no es mera aplicación de un precepto como el artículo 8-3, cuya legalidad no se discute, si no que tiene un alcance diferente a éste, que la parte considera perjudicial al entender que afecta retroactivamente a sus derechos adquiridos.

Tercero: Por lo que se refiere a este aspecto de la cuestión, lo primero que hay que objetar es que el interesado hubiera consolidado a su favor derecho alguno a permanecer como profesor por un tiempo más dilatado que el expresado en la Orden. Para que fuera posible aceptar su existencia, sería necesario que mediara algún precepto que impidiese revocar su nombramiento como profesor por un tiempo determinado, a partir de las circunstancias concurrentes en el mismo con anterioridad a la Orden de 22 de noviembre de 1985. No se invoca norma alguna en dicho sentido e, incluso, a falta de ella, se acude a invocar el principio de la confianza legítima de los interesados como límite a la revocación de los actos administrativos.

A este respecto cabe señalar: primero, que en este caso no se trata de la revocación de un acto administrativo, ya que lo acontecido ha sido una innovación normativa en el Estatuto regulador del profesorado de enseñanza superior militar; segundo, que mal puede ampararse en un principio de confianza quién no ostentaba derecho ni preferencia alguna a permanecer en el puesto de profesor.

XI. REINGRESO EN EL CUERPO DE LA GUARDIA CIVIL

Discrecionalidad de la Dirección General del Benemérito Instituto para resolver en esta materia.

Audiencia Territorial (Sala Cuarta). Sentencia de 15 de enero de 1988.
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

Fundamentos de Derecho

Primero: Con fecha 16 de mayo de 1986, el actor interpuso recurso con-

tencioso-administrativo contra la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de 4 de febrero de dicho año, que acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto y confirmar la Resolución por la que se desestimó la petición de reingreso en la Guardia Civil formulada por el recurrente. En el escrito alegatorio de demanda postula de esta sala una declaración relativa a que la denegación al actor de su petición de reingreso en el Cuerpo de la Guardia Civil es contraria a Derecho, por reunir el mismo el 19 de septiembre de 1984 todas las condiciones necesarias para obtener dicho reingreso, dejándose en consencuencia sin efecto dicho acuerdo y con condena a la Administración demandada a la concesión del reingreso con efectos desde la señalada fecha de 19 de septiembre de 1984.

Tercero: Combate el recurrente el acuerdo denegatorio en base a tres importantes puntos: 1º Que no es cierto que no existieran vacantes lo que se recoge a los folios 16 y 17 del expediente. 2º El recuerdo sobre su expulsión del cuerpo y la omisión de que en su solicitud de baja se hacía constar que ostentaba buena conducta y 3º Interpretación de la discrecionalidad recogida en el apartado 11 de la Orden Ministerial de 28 de febrero de 1974. Pero a este respecto hay que tener en cuenta que el único argumento de la denegación de la solicitud de reingreso por parte del demandante se ciñe a que el mismo en los casos de los que causaron baja en la Guardia Civil por petición propia, constituye facultad discrecional del Director General del Cuerpo. Que ello es así, se evidencia, además, de lo dispuesto en el apartado 11 de la citada Orden Ministerial que indudablemente concede discrecionalidad para resolver sobre el reingreso y ello no se refiere a materia reglada que obligue inexcusablemente a una Resolución en un sentido determinado, en ese caso conforme a la solicitud. Se trata, en suma, de una materia voluntaria para ambas partes, para el particular, en cuanto se le permite causar baja en el Cuerpo de la Guardia Civil, en atención a sus propios y particulares intereses, cuya voluntariedad individual no se ve contradicha ni mediatizada por los intereses generales; pero, al mismo tiempo y como contrapartida, de otro acto voluntario del Estado de aceptar y consentir el pretendido reingreso. Ello encuentra su explicación razonable, pues no debe quedar a la pura voluntad de los interesados abandonar el servicio cuando les plazca en atención a sus necesidades o capricho –puesto que no se les exige justificación alguna– para volver a su voluntad y exclusivo interés. La eficacia del Cuerpo, perteneciente a las Fuerzas de Seguridad, cuya actuación en cumplimiento del mandato constitucional viene regulada en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (B.O.E. del 14, núm. 63), e importantísimas funciones que se describen en el artículo 11 de dicho texto, y cuya estructura y naturaleza militar resulta evidente, a tenor del artículo 13, se vería dañada al reservar "sine die", o al menos hasta la edad del retiro, a cualquier persona que habiendo pertenecido al Cuerpo citado hubiera obtenido la baja voluntaria, a su puro arbitrio, y, si, por el contrario, se cubrieran por necesidad del servicio las plazas

vacantes por tal motivo, al tener que concederse el reingreso, según la argumentación del recurrente, produciría un aumento de efectivos, opuestos a las limitaciones y concreciones presupuestarias.

Cuarto: En este orden de razones hay que añadir también que, si bién la decretada expulsión del Cuerpo, a que se ha hecho mención fue dejada sin efecto por la Audiencia Nacional en una sentencia, poco después y por puros intereses propios y particulares –respetables ciertamente, pero que no deben primar en modo alguno sobre los generales que se atribuyen a la Guardia Civil– solicita su baja voluntaria, que se le concede, no puede pretender reingresar por su sóla y propia voluntad a su arbitrio y tiene que aceptar que se tome en cuenta, *no sólo la voluntad de abondono de su* pertenencia al Benemérito Instituto por atender a su propio y exclusivo interés, sino a que se tome en cuenta, si después por su propio arbitrio pretende el reingreso, no sólo su escaso interés en el Servicio del Cuerpo, sino que también se tome en cuenta su anterior conducta en el mismo, que si no fué suficiente para decretar su expulsión –acuerdo revocado por una sentencia judicial que determinó su admisión– si puede serlo para no readmitirle cuando ha causado baja voluntaria poco después de su reingreso.

XII. SEPARACION DEL SERVICIO

A. Ejecución de Fallo de Tribunal de Honor

Recurso extraordinario de Revisión, caducidad de su interposición.

Tribunal Supremo (Sala de lo Militar). Sentencia de 28 de junio de 1988. Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Bermúdez de la Fuente.

Fundamentos de Derecho

I

El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la valoración jurídica del Acuerdo de 30 de julio de 1986 tomado por el Ministro de Defensa, mediante el cual se desestimaba el recurso extraordinario de revisión administrativa interpuesto por el aquí recurrente, para determinar si dicho Acuerdo es o no conforme a Derecho. Dicho Acuerdo desestimatorio denegaba la revisión de una orden Ministerial de 9 de mayo de 1975, por la que se acordó la separación del servicio con baja en el Ejército de dicho recurrente, como consecuencia de la decisión tomada en tal sentido por un Tribunal de Honor formado en Sevilla, la última de cuyas sesiones fué el 18 de enero de 1975. Más, como el Acuerdo desestimatorio de este recurso impugnado, al tiempo que deniega la revisión solicitada, contencioso-administrativa sobre los actos administrativos por el artículo 1° y Exposición de

Motivos de la Ley de 27 de diciembre de 1956, este Tribunal, podría, caso de acceder al recurso interpuesto, no solamente ordenar la revisión administrativa pretendida, sí que también efectuarla directamente, dado el carácter confirmatorio que aquel Acuerdo también tiene, como pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión. Por ello no es aceptable la alegación expuesta en el apartado IV de la contestación a la demanda por el Sr. Letrado del Estado, aún con el carácter circunstancial con que expone la pretensión.

II

La vía elegida por el recurrente para solicitar se deje sin efecto el Acuerdo de separación dispuesto en la Orden Ministerial de 9 de mayo de 1975 ha sido la del recurso extraordinario de revisión administrativa, previsto en los artículos 127 y 128 de la Ley de Procedimiento Administrativo vigente; y aunque existente cierta discrepancia en los escritos de formulación del citado recurso de revisión y del que ahora se contempla en esta jurisdicción por razón del motivo o motivos alegados, previstos en el artículo 127 mencionado, es lo cierto que dicho recurrente, materialmente se ciñe a los motivos de los números 1° y 2° del precitado artículo 127, y a su posible concurrencia y efectividad habrá de limitarse esta resolución si se advierte que el carácter excepcional del recurso obliga a interpretarlo con criterio eminentemente restrictivo. Pues bien, elegida dicha vía procedimental, entiende el recurrente que su pretensión anulatoria de aquella Orden Ministerial de separación, tiene cabida, una vez promulgada la Constitución, a través de la revisión administrativa, pues de una parte el artículo 1039 del Código de Justicia Militar que vedaba todo recurso a las decisiones de los Tribunales de Honor Militares ha quedado sin efecto en cuanto a tal particular por una Sentencia del Tribunal Supremo (de cita errónea y dispar por el recurrente), que es la de 14 de mayo de 1985 (Sala 5ª T.S.), y de otra que el artículo 40 apartado d) de la Ley Jurisdiccional contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, había quedado igualmente sin efecto, por inconstitucional según expresa declaración del Auto nº 60, de 22 de octubre de 1980, del Tribunal Constitucional; y está en lo cierto dicha parte recurrente cuando afirma lo anterior, pues a partir del 29 de diciembre de 1978, en que se promulga la Constitución y entra en vigor, el artículo 106 de la misma abre la oportunidad de control por los Tribunales de la legalidad administrativa, sin excepciones o reducción de posibilidades impugnatorias, salvo los supuestos en que por Ley se excluya la vía del recurso, por estar suficientemente tutelada por otros medios jurídicos el derecho que al ciudadano asiste; y ello lo confirman posteriormente las resoluciones judiciales antes mencionadas, y otras (Sentencias de 29 de octubre de 1981 y 22 de marzo de 1985-Sala 5ª del T.S.), que contemplan pretensiones similares no idénticas.

III

Fue admitida la vía revisional administrativa, como cauce gubernativo previo e indispensable para la ulterior impugnación contencioso-administrativa, si el recurrente se vale de aquélla, habrá de formular su pretensión en las condiciones de tiempo, lugar y forma exigidas para el ejercicio de su acción, lo que le obliga expresamente, no sólamente a elegir el órgano que sea competente para decidir sobre dicha revisión –Ministerio de Defensa–, sino también a exponer en forma su pretensión y además a respetar los plazos previstos en artículo 128 de la Ley de Procedimiento Administrativo vigente para cada supuesto de revisión. Y si ello es así, veamos seguidamente, cómo ha actuado el aquí recurrente: 1º) En cuanto al alegado error de hecho que resulte de documentos incorporados al Expediente, es lo cierto que en el escrito de recurso no se hace cita alguna de tales documentos obrantes en el Expediente, de los que pueda deducirse tal pretendido error: y si como implícitamente, quiere darse a entender por el referido recurrente, alguno de los documentos obrantes en el Expediente o testimonios vertidos eran falsos, debió alegar al menos el número 3º del artículo 127 de la Ley mencionada y aportar la certificación de la sentencia judicial firme, anterior o posterior, que así declararse aquella falsedad, para poder valorar la certeza de su afirmación y la visibilidad de su pretensión. No se ha planteado, pues, en legal forma el motivo de impugnación revisoria al amparo del nº 1º del artículo 127 siempre citado, y no se ha alegado el nº 3º del propio precepto, lo que hace decaer su pretensión basada, explícita o implícitamente. 2º) En esta vía jurisdiccional contencioso-administrativa al formular su demanda el recurrente, en el apartado 1º, 1-2-1 de los Fundamentos de Derecho, aclara que la presentación de los nuevos documentos se hace al amparo del nº 2º del artículo 127, deshaciendo la confusión en que incurre el apartado segundo de su demanda ante la Autoridad Administrativa; en cuanto a tales documentos, los aportados con los números 2, 3, 4 y 5, todos de fecha posterior a las actas del Tribunal de Honor, por tal circunstancia y dado el tenor literal del precepto, no pueden calificarse como existentes en fecha anterior al Tribunal de Honor y que por aparecer después hubieran de ser necesariamente ignorados o fueran de imposible aportación, razón por lo cual, igualmente ha de decaer la pretensión revisoria del recurrente, pues la base documental para el motivo revisorio no existe, criterio éste ya sostenido por la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1986.

IV

Que aún cuando hayan de inadmitirse los dos motivos de revisión alegados, por los defectos formales expuestos procedentemente, no puede por menos esta Sala de pronunciarse a cerca de la caducidad de los plazos previstos en el artículo 128 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que ha sido apreciada por la resolución recurrida, en concordancia con el dictamen

del Consejo de Estado, y combatida en el presente recurso por la parte instante del mismo. Y así, en relación el motivo de revisión fundado en el apartado 1º del artículo 127 de la Ley procedimental administrativa, el plazo de cuatro años previsto en el apartado 1 del artículo 128 de la misma Ley habrá de computarse desde la fecha de la notificación de la resolución impugnada, que en el presente caso lo fué la publicación en el Diario Oficial de la separación del servicio, dando de baja en el Ejército al recurrente, conforme a lo previsto en el artículo 896 del Código de Justicia Militar, en relación a los artículos 1038 y 1039 del mismo Código, en que únicamente se preve la comunicación del acuerdo del Tribunal de Honor al interesado cuando le fuere favorable, más no en el caso contrario en que la última decisión correspondía al Consejo Supremo de Justicia Militar, y el correspondiente traslado al Ministerio para llevar a efecto la separación, por vía de ejecución, que es lo ocurrido en el caso que nos ocupa, ajustado por lo tanto a la legalidad entonces vigente. No puede aducir el recurrente la no comunicación del Acuerdo de separación, pues la propia publicación y la Orden Ministerial (cuya fotocopia aporta el propio recurrente) y la ejecución en su persona del acto acordado, del que hubo de dársele el correspondiente traslado u orden comunicada antes de llevarla a efecto, evidencian lo contrario. Ciertamente, el acuerdo de separación, derivado de una decisión del Tribunal de Honor, era irrecurrible conforme al artículo 1039 del Código de Justicia Militar, pero una vez promulgada la Constitución, quedaba expedita la vía del recurso –como antes se indicara– y es a partir de tal momento –29 de diciembre de 1978– –cuando entiende este Tribunal que ha de efectuarse el cómputo como el de apertura de la posibilidad, y no el de expreso reconocimiento por el Tribunal Constitucional en el Auto nº 60, de 22 de octubre de 1980, de la inaplicabilidad del artículo 40, apartado d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues esta última resolución meramente representa una interpretación del derecho a recurrir que ya preexiste en el precepto constitucional en defensa de un derecho fundamental, como lo es la presunción de inocencia, afectada por una resolución sancionadora, y así lo han entendido, además del Auto referido las Sentencias del mismo Tribunal Constitucional de 31 de marzo, 6 de abril, 24 y 28 de julio de 1981. Menos aún es admisible la tesis del recurrente de fijar como fecha de cómputo la de su particular conocimiento, tan infundada como supondría dejar a su arbitrio la fecha de vigencia de la Constitución. Abierta así la posibilidad del recurso de revisión, obvio ha de resultar que si el escrito interponiendo recurso administrativo tuvo entrada en el Ministerio de Defensa el 15 de abril de 1985, la acción había caducado por el transcurso de más de cuatro años, procediendo por ello la desestimación del recurso fundado en tal motivo.

V

Igual argumentación a la precedente, y con igual resultado desestimatorio, será de aplicación al recurso de revisión sustentado al amparo del núme-

ro 2º del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por el transcurso de más de tres meses desde la promulgación de la Constitución a la fecha de presentación del recurso de revisión, dado que los documentos de nueva aportación por el recurrente al mismo son de 1975 y 1976, los tuvo a su disposición desde entonces y pudo aportarlos.

VI

Que cualesquiera sean las razones que, en cuanto al fondo de su pretensión pudieran amparar al recurrente, y sobre las que este Tribunal no puede pronunciarse por vedarlo los defectos circunstanciales apreciados que le hacen inviable por el medio procesal elegido, no cabe olvidar que si el Derecho está al servicio de la Justicia, como uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico, y debe brindar al ciudadano el medio para obtener la tutela jurídica que aquél demanda no es menos cierto también que los principios de legalidad y sobre todo de seguridad jurídica –garantizados expresamente por el artículo 9º-3 de la Constitución–, inspiran aquel Ordenamiento, y han de ser respetados, de forma que, quien pudiendo impugnar una situación de legalidad preconstitucional en pro de su derecho, no lo efectuara en las condiciones que establece la Constitución y las normas y doctrinas que la desarrollan, ha de atenerse al imperativo de aquellos principios que imponen el respetar la situación creada al amparo de la legalidad anteriormente vigente e impiden el ejercicio ilimitado, en cuanto al tiempo, de la acción promovida. De ahí que, sin entrar en el fondo de la cuestión que el recurrente plantea, y por los argumentos precedentemente expuestos, este Tribunal entiende que es conforme a Derecho la resolución recurrida, y ha de desestimnar el recurso interpuesto. Sin que sean de apreciar motivos que hagan obligada la imposición de costas en esta instancia.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. Presidente de la Sala en el recurso contencioso-disciplinario que con el núm. 4/10/88 pende ante la misma.

Antecedentes de hecho

Se aceptan los de la Sentencia de la que se disiente.

Fundamentos de Derecho

Primero: Aunque en la tramitación del recurso que ahora se resuelve no haya sido cuestionada, en momento alguno, la competencia de esta Sala para conocer del mismo, no es oficioso comenzar por analizar los fundamentos en que dicha competencia descansa. El art. 23.5 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de las Competencias y Organización de la Jurisdicción

Militar, atribuye a esta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo el conocimiento "de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministerio de Defensa, incluso las extraordinarias". El presente recurso se ha interpuesto contra una resolución del Ministro de Defensa en que decidió desestimar un recurso extraordinario de revisión interpuesto, a su vez, contra una Orden Ministerial por la que se declaraba que causaba baja en el Ejército el ahora demandante por haber sido separado del servicio como consecuencia de fallo emitido por un Tribunal de Honor.

Hay que preguntarse, pues, si nos encontramos en realidad ante una reclamación que se deduce frente a una sanción impuesta en la vía disciplinaria y si la sanción tiene como autor o fuente originaria al Ministro de Defensa o, para ser más exactos, al entonces Ministro del Ejército. La primera cuestión no puede recibir sino una categórica respuesta afirmativa. Si los Tribunales de Honor, que no ejercen obviamente la jurisdicción penal en el ámbito castrense, pueden llegar a imponer una sanción tan grave como la separación del servicio y la baja en el Ejército, su actuación ha de ser en todo asimilada a la de los órganos que tienen encomendada la potestad disciplinaria con los que, como recuerda la Sentencia de 14 de mayo de 1985 de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, juega un papel paralelo. Y con respecto a la segunda cuestión, ha de decirse que, aun cuando el acuerdo con que concluyan las reuniones de un Tribunal de Honor, si es de separación del servicio, debe ser considerado vinculante para la Autoridad Administrativa, toda vez que, según dice el art. 1039 del Código de Justicia Militar, el acta del fallo, una vez comprobado por el Consejo Supremo de Justicia Militar que se han cumplido los requisitos y formalidades de rigor, será cursada al Ministerio respectivo "para que decrete la separación del servicio y baja del residenciado en el Ejército a que pertenezca", es lo cierto que sin la decisión del Ministerio, asumiendo y haciendo propio el fallo del Tribunal, aquella sanción no se convertiría en acto administrativo. Lo que quiere decir que, en el caso en que tiene origen el presente recurso, la separación del servicio ha de ser imputada a la Orden Ministerial de 9 de mayo de 1975, aunque el acuerdo sancionador, en su sentido estricto y material, fuese el fallo emitido por el Tribunal de Honor en su última reunión celebrada el 18 de enero del mismo año.

Segundo: La resolución del Ministro de Defensa frente a la que se alza el recurso contencioso-administrativo desestima el de revisión por tres razones fundamentales en las que el Letrado del Estado insiste en su escrito de contestación a la demanda: a) porque no concurre la circunstancia prevista en el núm. 1 del art. 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que los documentos en que pretende basar su petición el interesado han sido aportados con el escrito de recurso de revisión; b) porque, en todo caso, el recurso se habría interpuesto notoriamente después de transcurrido el plazo de 4 años, establecido en el art. 128.1 de la misma Ley, a partir de

la fecha de notificación de la resolución impugnada: y c) porque igualmente ha transcurrido el plazo de 3 meses, fijado en el párrafo dos del artículo últimamente mencionado, desde que aparecieron los documentos que no pudieron ser aportados al expediente tramitado por el Tribunal de Honor y que fueron presentados al solicitar la revisión. Aunque hay que reconocer que, en orden a la concreción de la causa legal de revisión que se solicitó, no está sobrado de rigor ni el recurso extraordinario presentado ante la *Administración ni el contencioso* deducido ante esta Sala que reproduce sustancialmente los pedimentos y alegaciones del primero, no deja de manifestarse en uno y otro, con claridad suficiente, que la voluntad impugnativa pretende ampararse en la totalidad de las circunstancias expresadas en el art. 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Prescindiendo empero, de la tercera y cuarta, puesto que no se ha aportado copia de sentencia alguna en que se hayan declarado falsos documentos o testimonios que hubiesen incluído esencialmente en la resolución del Tribunal de Honor, ni tampoco de sentencia en que se haya declarado que dicha resolución se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, quédanos por analizar la excepcionabilidad de la caducidad de la acción administrativa eventualmente surgida de la causas primera y segunda de revisión. Y como, en relación con la causa segunda el problema realmente ni se puede plantear, toda vez que los documentos a que la misma se refiere "ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente" han de ser anteriores a la resolución recurrida y los aportados por el demandante en su recurso de revisión son todos posteriores tanto a la fecha en que se produjo el fallo del Tribunal de Honor como a la de la Orden Ministerial de baja en el servicio, es claro que nuestra atención ha de limitarse a la posible caducidad de la acción derivada, para el demandante, del alegado error de hecho que pudiera resultar de los propios documentos incorporados al expediente.

Tercero: Así concretado, por ahora, el "thema decidendi", salta a la vista un primer argumento, puesto de manifiesto en la demanda, en cuya virtud la acción no ha podido prescribir, argumento que no es otro que la falta de notificación del acto administrativo. Naturalmente el demandante conoció en su momento el sentido de la decisión del Tribunal de Honor y la Orden del Ministro del Ejército por la que se le declaraba en situación de retirado. Ocasión tuvo de ello, sin duda alguna, por la publicación de la Orden en el Diario Oficial de Ministerio y porque, lógicamente, no hubo de tardar en experimentar sus desfavorables consecuencias. Pero no es el conocimiento del sentido del acto y de sus efectos ejecutivos lo que el art. 79.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo exige para que se entienda notificada una resolución al administrado, sino el conocimiento del "texto íntegro del acto". En el supuesto de que trae causa este contencioso no se hizo evidentemente así, porque el interesado pudo tener acceso a la Orden Ministerial a través de su publicación, pero no al texto del Acuerdo Sancionador que

aquella cumplimentaba y legitimaba, constituído por el fallo del Tribunal de Honor, en virtud del carácter rigurosamente secreto que tenían y tienen todas las actuaciones de esto órganos a tenor de lo dispuesto en el art. 1025 del Código de Justicia Militar. Naturalmente la falta de notificación suficiente en casos como éste guardaba una íntima congruencia con la irrecurribilidad de la decisión ministerial que establecía –y aparentemente aún establece puesto que no ha sido expresamente reformado– el art. 1039 del Código de Justicia Militar, pero ha de ser subrayado en este lugar que, derogado tácitamente, según luego veremos, por la Disposición Derogatoria 3 de la Constitución el inciso del mencionado artículo que excluye todo recurso, subsiste la paradójica situación de que actos, como el que afecta al demandante, ya materialmente recurribles, continúan siendo secretos y, por ende, sustraídos al íntegro conocimiento del interesado. En estas condiciones, no pueden sostenerse la tesis de que nos encontramos ante el ejercicio de una acción extinguida por el transcurso del tiempo, siendo, como es, presupuesto de la actuación de todo derecho impugnativo el pleno conocimiento de la resolución a impugnar, tanto en su parte dispositiva como en su fundamentación fáctica y jurídica.

Cuarto: En íntima relación con el razonamiento anterior –y abonando la falta de caducidad de la acción ejercitada por el demandante en vía administrativa– ha de tenerse en cuenta la elemental consideración de que el plazo de cuatro años establecido en el art. 128.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo no ha vencido por la sencilla razón de que, cuando el hoy demandante solicitó la revisión, aún no había empezado a correr. Y ello, no sólo por la ya analizada inexistencia de notificación en forma legal sino, acaso más decisivamente, porque no es concedible que caduque el plazo para recurrir un acto emanado de un poder público, si un precepto legal aparentemente vigente, por no haber sido expresamente derogado, declara que contra dicho acto no cabe recurso alguno, que es exactamente lo que dice el art. 1039 del Código de Justicia Militar en referencia al decreto ministerial que asume el fallo del Tribunal de Honor acordando la separación del servicio del residenciado. Ninguna duda es posible ya, por supuesto, sobre la incostitucionalidad del precepto mencionado por su frontal contradicción, entre otros, con el art. 106.1 de nuestra Norma Fundamental y, en consecuencia, ninguna duda es posible sobre su derogación tácita tan pronto aquélla entró en vigor. El problema, sin embargo, no está en la recurribilidad intrínseca del acto sancionador –que en modo alguno puede ser cuestionada– sino en la medida en que le es exigible al ciudadano que extraiga de un precepto constitucional sus lógicas inferencias cuando el lesgislador no lo ha hecho, habiendo tenido sobradas ocasiones, por la vía del oportuno cambio en la legislación ordinaria. Recuerda el Ministro de Defensa en su resolución desestimatoria –y el Letrado del Estado acoge literalmente la argumentación –que el plazo para interponer el recurso de revisión ha transcurrido para el demandante, ya se cuente dicho plazo desde que fue dictado el fallo

por el Tribunal de Honor -que no recayó, como se dice, el 27 de abril de 1974 sino el 18 de enero de 1975- ya que desde la fecha de la Orden Ministerial por la que causó baja en el Ejército -9 de mayo de 1975- ya desde la fecha de la Constitución o desde la del Auto del Tribunal Constitucional de 22 de octubre de 1980. La endeblez de las bases sobre las que de desacansan tales cómputos es notoria. Ni puede decirse que el "dies a quo" del plazo de impugnación se sitúa en momentos anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, cuando la irrecurribilidad del acuerdo era formal y materialmente válida, ni puede gravarse al ciudadano con la carga de interpretar todos y cada uno de los preceptos constitucionales y de sufrir, si no lo hace correctamente, la pérdida de uno solo de sus derechos, ni al Auto del Tribunal Constitucional de 22 de octubre de 1980- en el que, por cierto se tiene por derogado, no en la parte dispositiva, claro está, sino en los fundamentos jurídicos, en el art. 40 d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, sin que para nada se mencione el art. 1039 del Código de Justicia Miliar- pueden serle atribuídos los efectos que se pretenden por la Administración, puesto que, como es sabido, esta clase de resoluciones del Tribunal Constitucional no se publican en el Boletín Oficial del Estado. Ciertamente el Tribunal Supremo, no en la Sentencia que se dice por el demandante, pero si en otras de inequívoco significado y trascendental alcance -Véase, por todas, la ya citada de 14 de mayo de 1985 dictada por la Sala 5ª- ha tenido por incuestionable la derogación tácita, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la tan citada norma del Código castrense, más ha de tenerse en cuenta que estos pronunciamientos, siendo la función de la Jurisprudencia complementaria y no constitutiva del ordenamiento jurídico -art. 1.6 del Código Civil- no pueden tener jamás la virtualidad normativo-general que en nuestro sistema se reconoce a la Ley, sopena de quebrantar gravemente los principios de legalidad, jerarquía normativa y publicidad de las normas que garantiza el art. 9.3 de la Constitución. Todo lo cual conduce derechamente a la afirmación de que, habiéndose mantenido en aparente vigor, hasta el día de hoy, el art. 1039 del Código de Justicia Militar en su integridad y, por tanto, también en el párrafo que establece no cabe recurso alguno contra decisiones como la que aquí es objeto de examen, no podía tenerse por caducado el derecho que al demandante constitucionalmente asistía para solicitar la revisión del acto que le separó del servicio, por lo que la resolución que desestimó el recurso con base, en dicha supuesta caducidad debe ser declarada no conforme a Derecho y, por consiguiente, nula.

Quinto: Despejada ya la cuestión que ha sido abordada en los Fundamentos Jurídicos anteriores y enfrentados a la necesidad de dar cumplida respuesta a las cuestiones de fondo planteadas en la demanda, forzoso es comenzar por resolver la objeción que, de forma subsidiaria, formula el Letrado del Estado en su escrito de contestación. Sostiene dicha alta representación, partiendo del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, en caso de que el Tribunal declarase improcedente la

resolución impugnada y se acordase su anulación y la viabilidad del recurso extraordinario de revisión contra la Orden Ministerial de 9 de mayo de 1975, habríamos entonces de conocer cual es la voluntad administrativa sobre el fondo, retrotrayendo las actuaciones, pues no puede ser objeto del presente recurso, en opinión del Letrado del Estado, la anulación o mantenimiento de la citada Orden que pasó al demandante a la situación de retirado. Quien suscribe este voto particular no puede aceptar semejante tesis. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa es revisora, pero, como advierte la exposición de motivos de su Ley reguladora, en cuanto requiere la existencia previa de un acto que se constituye así en el presupuesto, no en el objeto del proceso contencioso-administrativo. Este, recuerda la misma exposición de motivos, no es una casación sino, propiamente, una primera instancia jurisdiccional. De ello se deduce, sin lugar a dudas, que no siendo el acto una especie de sentencia en primera instancia, puesto que no existe entre nosotros el "Juez Administrativo", no puede en modo alguno convertirse en patrón de la sentencia que dicte el tribunal de la jurisdicción, cuyo único patrón viene dado por las pretensiones que se deduzcan en relación con el acto previo. No es exacto que la voluntad administrativa nos sea desconocida. Sabemos que la misma consiste en una formal y expresa oposición a las pretensiones del demandante, lo que es suficiente para que este Tribunal entre a conocer del fondo de la cuestión. Así lo viene entendiendo, tras no pocos titubeos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir, sobre todo, de la sentencia de 20 de enero de 1967, en doctrina que se reitera, entre otras,en las de 5 de diciembre de 1975, 3 de marzo de 1976 y 18 de febrero de 1978. Se conculcaría, dice la sentencia de 5 de diciembre de 1975, "el principio de economía procesal, inspirador con otros de un buen sistema de procedimiento, que implica ahorro de tiempo, de actividades y gastos... si respecto a un mismo asunto tuviera que acudirse en más de una ocasión al recurso contencioso-administrativo para dilucidar separadamente las eventuales objecciones formales opuestas en resoluciones de alzada y el tema de la adecuación o no al Derecho del acto administrativo originario".

Razones que hoy podrían complementarse con las que, en la misma dirección, dimanan de los derechos fundamentales a la protección efectiva de jueces y tribunales y a un proceso sin dilaciones indebidas. Procede, pues, formalizado el conflicto entre Administración y administrado y expresadas por éste sus pretensiones frente a aquélla, que entremos a conocer del contenido de las mismas.

Sexto: No todas, sin embargo, pueden ser analizadas y resueltas en esta Sentencia. Lo impide, de una parte, la imposibilidad de proyectar retroactivamente sobre el acto originario las exigencias sustantivas y adjetivas que en el momento actual figuran plasmadas en la Constitución y, de otra, el carácter tasado del recurso extraordinario de revisión que fue la vía impugnativa en que se insertó la primera reclamación del demandante. Desde el primer punto de vista, es inevitable que la facultad revisora del Tribunal se

detenga y haga abstracción de la casi absoluta falta de garantías de que adoleció el expediente del Tribunal de Honor, del profundo contrasentido inherente a una investigación que tuvo como objeto la conducta de una persona distinta de la que estuvo –aunque de forma claramente insuficiente– presente en las actuaciones y que fue finalmente objeto de sanción a consecuencia de la conducta que a aquella otra se imputó, así como del grave atentado a la intimidad personal y familiar que notoriamente comporta toda actuación exterior que trate de imponer a una persona, cualquiera que sea el grupo o Institución a que pertenezca, un cierto comportamiento en el ámbito inviolable de su hogar y unas determinadas actitudes ante situaciones o problemas, reales o imaginarios, surgidos en su vida conyugal. Tales irregularidades y agravios, que en la perspectiva de la Constitución merecerían la más severa censura, no pueden ya determinar la nulidad del acto, porque se llevaron a efecto al amparo formal de la normativa vigente al tiempo de su acaecimiento y es doctrina pacífica que la Constitución, cuya significación primordial es "establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara el futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas –Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1981 –no ha anulado los actos anteriores a su promulgación que habían agotado sus efectos cuando se produjo el cambio representado por la nueva Norma Fundamental. Desde el segundo punto de vista anunciado –el de carácter tasado del recurso de revisión que sirve de pretexto a este contencioso– la atención de la Sala, como ya se adelantó en el Fundamento Jurídico 2, ha de quedar limitada y concentrada en el posible error de hecho que manifiestamente resulte de los propios documentos incorporados al expediente que precedió al fallo del Tribunal de Honor.

Séptimo: Se ha dicho por la doctrina con indiscutible acierto que, de los cuatro motivos de revisión que enumera el art. 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el primero, es decir, el fundado en error de hecho, es un típico supuesto de casación, ya que se trata de un vicio intrínseco de la resolución, por lo que es necesario que el error sea de demostración evidente con los propios documentos incorporados al expediente. La naturaleza "quasicasacional" de este recurso de revisión aconseja configurarlo, cuando el mismo se interpone contra un acto sancionador en vía disciplinaria, de acuerdo con los principios que informan la casación penal en los supuestos en que se reprocha al tribunal de instancia haber incurrido en error de hecho en la valoración de la prueba, de suerte que, si existe en el expediente alguna actividad probatoria que pudiera haber sido valorada como de cargo por el órgano que dictó al acto originario, sería preciso que de un documento incorporado a las actuaciones se deduzca, de forma indudable e incontrovertible, que la apreciación que se hizo de aquella otra prueba ajena al documento de que se trata, fue desacertada o errónea. Pero cuando, del examen de todo el expediente, se desprenda que no se practicó en su día prueba alguna de cargo, en que pudiera legítimamente sustentarse

el acto sancionador, entonces habrá de llegarse a la conslursión de que, en su producción, medió el supremo error de hecho que consiste en valorar, como de cargo, una prueba inexistente. Y esto es, cabalmente, lo que acontece y se echa de ver en la reuniones del Tribunal de Honor que culminaron con el acuerdo de separar del servicio al demandante. A lo largo de dichas reuniones, no se practicó ni una sola prueba merecedora de tal nombre, ni directa ni indirecta, que fuese capaz de generar, en una conciencia mínimamente rigurosa, la certeza de los hechos que se imputaban, esto es, la conducta licenciosa de la esposa del demandante y el consentimiento del mismo en tal conducta. Con independencia de los testigos que dijeron no saber nada de los hechos por los que se les preguntaba y de lo que afirmaron categóricamente que eran falsos, sólo se profirieron ante el Tribunal de Honor ridículas acusaciones de conductas triviales y carentes de toda connotación socialmente negativa e irresponsables declaraciones en que los deponentes reproducían comentarios o rumores nunca adverados por las personas a las que la especie se atribuía. E idénticamente puede decirse que los documentos llevados al expediente –si reconocemos tal naturaleza a los informes emitidos por diversas autoridades y dependencias– se dividen entre los que descartan la realidad de los hechos y los que se hacen eco del anónimo rumor sin aportar más fundamento que la propia existencia del mismo. La conclusión, pues, es fácil y directa. El acuerdo sancionador contra el que se alzó el recurso de revisión del demandante se edificó sobre el más absoluto vacío probatorio, lo que quiere decir que, mediante su dictado, se incidió en un evidente error de hecho que debió haber inclinado a la Administración a la estimación del recurso. Procede, en consecuencia, declarar contraria a Derecho la resolución recurrida y revocar asímismo, por evidente error de hecho, el acuerdo del Tribunal de Honor y la Orden Ministerial que separó del servicio al demandante.

VOTO PARTICULAR

Que en el recurso contencioso-administrativo seguido ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo con número 4/10/88 formula el Magistrado de la misma, Excelentísimo Sr. D. Arturo Gimeno Amiguet.

Antecedentes de Hecho

Se aceptan los de la sentencia de la que deriva este voto particular.

Fundamentos de Derecho

Primero: Discrepo del parecer de la mayoría de la Sala respecto a estimar caducados para el recurrente, los plazos previstos en el art. 128 de la Ley de Procedimiento Administrativo à efectos de la interposición del recurso de revisión y me adhiero al voto particular del Excelentísimo Sr. Presidente de esta Sala en cuanto entiende debe desestimarse la caducidad alegada por la resolución recurrida del Ministro de Defensa de fecha 30 de julio de 1986 y

entrando en el examen del fondo de la cuestión debatida razona la procedencia de estimar la revisión solicitada con anulación de la Orden Ministerial de 9 de mayo de 1975, pero no compartiendo totalmente la doctrina sentada en el Fundamento de Derecho 3º del voto particular al que me adhiero, en lo relativo a la inexistencia de notificación en forma del acto administrativo que se recurre en vía revisoria, me veo obligado a expresar separadamente las razones no coincidentes con el mismo, aceptando el resto de sus fundamentos de derecho que doy aquí por reproducidos.

Segundo: Entiendo que no existió falta de notificación de la Orden del Ministro en que aquel entonces del Ejército, de fecha 9 de mayo de 1975, sino que por el contrario, su publicación en el Diario Oficial del Ministerio y su comunicación al afectado Sr. E.M. con la consiguiente ejecución de la misma separándole del Ejército, cumple perfectamente todos los requisitos que la Ley de Procedimiento Administrativo exige en sus artículos 79 y 46 para la efectividad de la notificación, sin que el alcance de la frase "contener el texto íntegro del acto" pueda tener mayor alcance que el del propio acto administrativo en sí, no de sus antecentes o de la totalidad del expediente –en este caso Tribunal de Honor–, que le ha servido de base, hasta el extremo de si la Orden Ministerial en cuestión, hubiere sido entonces recurrible, el plazo para poder solicitar su revisión hubiera empezado a correr desde su comunicación al interesado. Evidentemente por no ser recurrible a tenor de la legislación vigente en aquel tiempo, el plazo no podía empezar a transcurrir. Independientemente de lo anterior, entiendo que, efectivamente, no basta que un precepto –art. 1039 del Código de Justicia Militar– haya devenido inconstitucional por su frontal contradicción con normas de nuestra Constitución, para que pueda estimarse exigible a cualquier ciudadano el conocimiento de que ello implica su tácita derogación y por consiguiente conocer igualmente que la entrada en vigor de nuestra Ley Fundamental debe ser el "dies e quo" del plazo de una impugnación, desde ese momento posible. Tampoco es posible, como muy bien se razona en el fundamento de derecho 4º del voto particular al que me sumo, entender que el plazo para recurrir debe contarse a partir del auto del Tribunal Constitucional de 22 de octubre que sólo se ocupó de la inconstitucionalidad del art. 40 d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 en sus fundamentos jurídicos y no en su fallo, o de determinada sentencia del Tribunal Supremo, aún cuando en ésta se de como incuestionable la derogación tácita del art. 1039 del Código de Justicia Militar, por inconstitucionalidad sobrevenida pues efectivamente tal resolución no puede tener virtualidad normativa general, sino que sus efectos se limitan al caso concreto debatido. De todas formas, no estará de más, aunque ello no tenga trascendencia a efectos prácticos, pues en definitiva desde el punto de vista que a continuación expresaré, también estimo que la acción revisora entablada no estaba caducada cuando se formuló, señalar que en el caso de autos, si existe un día inicial para el cómputo del plazo prescrito por la Ley, para poder interponer el recurso de revisión, que

es el 29 de noviembre de 1982, y ello no por efecto de la publicación de determinada sentencia del Tribunal Supremo, de equivocada cita por el recurrente, ya que la misma ni tiene fuerza derogatoria general, ni nunca podría ser tenida por su sola publicación como notificación efectiva a todos cuantos pudieran estar interesados en conocer la recurribilidad de una sola resolución ministerial que decreta la separación del servicio de un militar, en virtud del fallo de un Tribunal de Honor. El "dies a quo", nace el día en que el recurrente tuvo conocimiento específico de que podía pedir la revisión de la Orden Ministerial que la separó del servicio y esa fecha inicial es por propia manifestación del recurrente en los dos últimos párrafos del fundamento legal 1.1 de su escrito de demanda, el 29 de noviembre de 1982, aseveración que no debe ser minusvalorada, independientemente de su posible errónea adscripción a sentencia determinada, ya que como hecho propio le obliga no ya en lo que le favorezca, sino en lo que pudiera perjudicarle. De todas formas ya he indicado anteriormente, la falta de trascendencia práctica de esta cuestión, por cuanto estimando que la acción de revisión ejercitada, lo ha sido al amparo del nº 1 del art. 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, excusándome de fundarlo en evitación de repeticiones innecesarias, ya que acepto como propios los razonamientos a tal fin expuestos por el Excmo. Sr. Presidente de esta Sala en su voto particular, la acción no estaba caducada el 1 de marzo de 1985 cuando el recurrente presentó escrito ante el Ministerio de Defensa interponiendo recurso de revisión por no haber transcurrido el plazo de 4 años desde que pudo entablarlo.

Tercero: Consecuentemente, lamentando discrepar de la mayoría y con el máximo respeto a la decisión de la Sala, opino que la sentencia debió ser estimatoria del recuso contencioso-administrativo interpuesto y declarar contrarios a derecho y por tanto nulos, tanto la Resolución del Ministro de Defensa de 30 de julio de 1986 desestimatoria del recurso de revisión interpuesto contra la Orden Ministerial de 9 de mayo de 1975 que separó del servicio al hoy recurrente, como esta misma Orden ordenado en consencuencia que el recurrente fuera repuesto en el empleo que le correspondía si hubiese continuado en el servicio, con todos los derechos que su reposición conlleve.

B. MEDIANTE EXPEDIENTE GUBERNATIVO

Tribunal Supremo (Sala de lo Militar). Sentencia de 24 de junio de 1988. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Tejada González.

Fundamentos de Derecho

Primero: Las cuestiones que se plantean en el recurso interpuesto contra la resolución ministerial de fecha 11 de mayo de 1986 se refieren a la infracción de los artículos 1014 y concordantes del Código de Justicia Militar sobre

el nombramiento de Juez Instructor y Secretario en los expedientes gubernativos: a la violación del artículo 24 de la Constitución, en cuanto se denuncia una situación de indefensión del expedientado y, por último, a la inobservancia y no aplicación, en la resolución recurrida, del artículo 1011 del Código de Justicia Militar que en su párrafo 1º exige que las notas desfavorables hagan desmerecer notoriamente la cualificación profesional o la actitud para las funciones propias del expedientado.

Segundo: Respecto a la primera alegación relativa al nombramiento de Instructor y Secretario es obvio que no se han infringido las normas invocadas por el recurrente. El artículo 1014 del Código de Justicia Militar –que tuvo precedente en el artículo 708 del Código de 1890– dispone que los nombramientos de Instructor y de Secretario se harán con sujeción a las reglas establecidas en el Tratado Primero procurando que no pertenezcan al Cuerpo del acusado. No contiene pues un mandato que prohiba en absoluto que el nombramiento recarga en miembros pertenecientes al mismo Cuerpo o Arma del inculpado sino que se limita a prescribir que se procure que esto no ocurra. Pero la intepretación literal y lógica no autoriza a sacar consecuencias distintas ni más amplias de las que autorizan los términos gramaticales utilizados por dicho precepto legal. Y así ha sido reconocido por una vieja doctrina que recogía ya la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1902, en un recurso en el que un Oficial de la Guardia Civil combatía la validez de una resolución dictada en un expediente gubernativo instruído por un Coronel, Subinspector del Cuerpo.

No se incurre –decía la Sentencia aludida– en la infracción del artículo 708 del Código Militar, de análogo contenido al 1014 del texto actual, por haberse designado para la instrucción del expediente a un Jefe del mismo Instituto o Arma del expedientado porque dicho artículo no establece una prohibición terminante y porque la locución Cuerpo, Arma ó Instituto está empleada no en un sentido amplio, sino limitado, es decir, con referencia a la Unidad orgánica a la que pertenezcan el Instructor y el expedientado. Esta doctrina tiene plena virtualidad en el momento actual a la vista de la redacción del art. 1014 del Código Castrense y ha de entenderse que la frase "Cuerpo del acusado" se refiere y concreta en la Unidad orgánica a la que pertenezca el expedientado, por lo que no concurren las circunstancias invocadas por el Brigada recurrente en su escrito, máxime cuando además los nombramientos de Juez y Secretario se han hecho con respecto a la normativa contenida en el Tratado Primero del Código de Justicia Militar. Y además y según resulta del expediente no pertenecían a la misma Unidad orgánica, es decir a la misma Comandancia de la Guardia Civil, que es la Unidad que debe estimarse aludida por el citado precepto legal, ninguno de los Jueces ni Secretarios que interviniveron en el expediente, ya que cuando el Comandante de la Guardia Civil D. Wilfredo a 15 de enero de 1986, se hace cargo del Juzgado Militar Eventual de la 409 Comandancia Móvil de Barcelona –por fallecimiento del Juez Instructor del Expediente

Comandante D. Antonio a cuya Compañía pertenece también el Teniente D. Manuel que actúa como Secretario, tiene que dirigirse mediante el oportuno oficio,– al que acompaña exhorto para su diligenciado al Teniente Coronel Jefe de la 109 Comandancia Móvil de Madrid, a la que en dicha fecha pertenecía el expedientado, que ni siquiera residía, pues en Barcelona. Por lo que no es admisible la cita nominal que de dichos Oficiales hace en la alegación formulada en su recurso de Reposición el recurrente, sobre su pertenencia al mismo tercio de la Guardia Civil que los citados Oficiales.

Alegación que reitera en su demanda y que por las razones expuestas debe ser rechazada. Siendo de destacar por ello que se han cumplido las prevenciones legales que en cuanto a la designación de los Jueces Secretarios contiene el Código Castrense, respecto a la instrucción de los expedientes gubernativos.

Tercero: Tampoco se ha producido la denunciada infracción del artículo 24 de la Constitución. En ningún caso se observa que existía indefensión. Y así desde la primera declaración del encartado, de fecha 10 de mayo de 1983, en la que el Sr. Juez Instructor le releva del juramento, se advierte que el expedientado conoce exactamente todos los cargos que contra el mismo se formulan, de los cuales se le dá lectura que contesta de forma individualizada y detallando las razones de facto y de orden legal que estima oportunas. Las notas de los distintos arrestos impuestos y que figuran en la documentación del Brigada inculpado son transcritas literalmente. Consta también que al iniciarse la relación de cargos el instructor manifiesta expresamente al Brigada que, como consecuencia de la acumulación de arrestos, puede estimarse su conducta tipificada en el caso primero del artículo 1011 del Código de Justicia Militar y por tanto calificada de perjudicial su permanencia en las filas del Cuerpo de la Guardia Civil. Y esta advertencia vuelve a ser reiterada en la declaración que el inculpado presta por exhorto, ante el Sr. Juez Instructor de la 109 Comandandia de Madrid, el día 20 de noviembre de 1984, en la que se le vuelve a dar lectura de las notas desfavorables y de los arrestos impuestos sobre cuyos hechos manifiesta lo que tiene por conveniente en su descargo. Todo ello pone de relieve la naturaleza contradictoria del procedimiento y que desde el primer momento fué advertido el expedientado del alcance y de la gravedad de la sanción que podía recaer en su día como consencuencia de su conducta y de los hechos que se investigaban en el expediente.

La Sala estima pues que no se ha producido indefensión en la tramitación del presente expediente gubernativo, en el que resulta acreditado el respeto al principio constitucional de contradicción procesal y de defensa del inculpado, quién en todo momento pudo proponer la práctica de las pruebas que hubiera estimado oportunas y que evacuó el trámite de audiencia a los cargos formulados. Estimando procedente observar que no existía ningún precepto en vigor en el Código de Justicia Militar que impusiera

obligatoriamente al Instructor la advertencia de que el recurrente podía designar Letrado, designación que por otra parte dado además su profesión de Brigada de la Guardia Civil, es de presumir que no ignoraba.

Cuarto: Y por último, igual suerte debe seguir la tercera alegación relativa a la infracción del artículo 1011, párrafo 1°, del Código de Justicia Militar. Este precepto ordena instruir expediente gubernativo cuando se considere perjudicial la continuación de un Oficial ó Suboficial en el servicio por cualquiera de las causas siguientes: "Por acumular en su expediente notas desfavorables que desmerezcan notoriamente su cualificación profesional o la aptitud para sus funciones". Resulta pues, que de la simple lectura del precepto se deduce que las notas desfavorables pueden implicar –para que den lugar a la separación del servicio– o un desmerecimiento notorio en la cualificación profesional del expedientado o en la aptitud para sus funciones. En el presente caso y en el informe del Juez Instructor se pone de manifiesto que concurren ambas circunstancias ya que, por una parte, queda demostrada falta de aptitud y una declarada desidia en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones profesionales, aspectos estos graves –dice el Instructor– al incidir sobre un Suboficial que difícilmente podría ejercer el mando con un mínimo de garantía, todo lo cual resulta de las inexactitudes en el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias que han sido objeto, según consta en el expediente, de diversas sanciones por lo que esta causa incide directamente, sobre la aptitud del interesado para el desempeño de sus funciones. Y son también notoriamente desfavorables para su cualificación profesional los arrestos impuestos por su falta de corrección en el léxico y la compostura observadas –dada su condición de Brigada de la Guardia Civil– en conversaciones con muchachas menores de edad, a las que se refieren las notas relativas a los arrestos impuestos por realizar actos que afectan al decoro con que las clases militares deben dar público ejemplo de moralidad, decencia y compostura. Por lo que siendo además esta jurisdicción revisora ha de limitarse a compulsar si por el número y concepto de las notas existentes en los hechos acreditados relativos a la conducta del expedientado, concurren las prevenciones legales en virtud de los cuales se instruye el expediente gubernativo y se adopta la resolución ministerial que con arreglo a Derecho le pone término tal como ocurre en el presente caso.

XIII. SEGUNDA RESERVA

Petición de indemnización por los perjuicios derivados de la modificación de la edad para pasar a la situación de segunda reserva.
Distinción entre el *derecho* del funcionario a la jubilación y al disfrute de las situaciones administrativas legalmente reconocidas y la *expectativa frente al legislador* a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen

inmodificadas por el legislador en modo que permanezcan tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la función Pública.

Audiencia Nacional. Sentencia de 3 de mayo de 1988.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Octavio Herrero Pina.

Fundamentos de Derecho

Primero: El presente recurso tiene por objeto la resolución del Ministerio de Defensa de 4 de enero de 1986 y la desestimación del recurso de reposición formulado frente a la misma, por los que se declara inadmisible su petición de indemnización por los perjuicios derivados de la modificación de la edad para pasar a la Segunda Reserva, operada por el Real Decreto 1.128/1985 de 3 de julio en relación con la Ley 30/84 de 2 de agosto de medidas para la reforma de la Función Pública, que señala la edad de 65 años para la jubilación de los funcionarios, a la que se equipara el pase a aquella situación, estableciéndose un régimen transitorio, se le ha privado de las retribuciones que venían percibiendo y el perfeccionamiento de trienios desde el 1 de julio de 1986 fecha en la que pasó a dicha situación, hasta el 7 de diciembre de 1988 fecha en la que cumpliría 70 años, y solicita que, el amparo de la responsabilidad patrimonial del Estado y art. 33-3 de la Constitución, se le abonen las cantidades correspondientes a dicho período de tiempo, incluído el reconocimiento de trienios.

Tercero: Es ésta una situación que ha sido contemplada directamente por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de junio de 1987, que resuelve recurso directo de inconstitucionalidad frente a diversos aspectos de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, señalando a propósito de la reducción de la edad de jubilación, que "el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad..." añadiendo que "por parte de cada funcionario, se ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute de las situaciones administrativas legalmente reconocidas pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continuen inmodificadas por el legislador, en modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la Función Pública" de lo que viene a deducir que "si no existen tales derechos no puede reprocharse a las normas que se impugnan el efecto de su privación y por tanto habrá que concluir por rechazar la pretendida vulneración del art. 33-3 de la Constitución", criterio que refuerza con la argumentación de que en estos supuestos no estamos ante una privación singular propia de toda expropiación que implica un "sacrificio especial" inpuesto a uno o varios sujetos por razones de actividad pública o interés social, determinante de la correspondiente indemnización, sino ante

"una limitación, delimitación o regulación –general– del contenido de un derecho, que no les priva del mismo, sino que lo configura ex novo o modificando una situación normativa general anterior". Estos dos elementos de partida, inexistencia de un derecho consolidado y regulación general de la situación de que se trata a la que quedan sujetos por imperativo normativo todos los destinatarios, determinan la inaplicación al caso de las instituciones de la expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial, que parten de la privación singular o lesión individualizada de "bienes y derechos" según expresión literal, respectivamente, de los arts. 33-3 y 106-2 de la Constitución, así como el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico, la que lleva a rechazar los argumentos en contrario sustentados en la demanda y a desestimar el presente recurso; todo ello sin perjuicio de la compensación económica reconocida en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1128/85 de 3 julio, a la que de manera genérica y sin determinar su naturaleza, se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional citada.

XIV. SUCESION DE MANDOS, JEFATURAS Y CARGOS DIRECTIVOS EN LA ARMADA

Tribunal Supremo (Sala Quinta). Sentencia de 16 de junio de 1988.
Ponente Excmo. Sr. D. Angel Falcón García.

Antecedentes de Hecho

Primero: Por el Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada se dictó la Instrucción nº 006/1982, en la que se establece la sucesión de mandos, jefaturas y cargos directivos; los recurrentes, integrantes del Cuerpo de Infantería de Marina, recurrieron en alzada, por entender se había postergado a los integrantes de su Cuerpo, siendo desestimado; se interpone recurso contencioso-admnistrativo ante la Sala Segunda de este orden de la Audiencia Territorial de Madrid, y después de diversas incidencias, se declara la admisibilidad del recurso jurisdiccional y la competencia de esta Sala Quinta del Tribunal Supremo para conocer del mismo por auto de seis de marzo de 1987, convalidando las actuaciones practicadas y dando traslado a los actores para demanda por término de veinte días.

Segundo: En su demanda alegan como fundamentos de su pretensión de fondo, el principio de jerarquía normativa, y el tema de la sucesión en los mandos que está regulado en las Ordenanzas de las Fuerzas Armadas de 28 de diciembre de 1978 y de la Reales Ordenanzas de la Armada de 13 de junio de 1984, ya que en las mismas se determina que la precedencia en los Ejércitos se basará, primero en el empleo, a igualdad de éste, en la antigüedad en el mismo, y así sucesivamente hasta llegar a la fecha de ingreso en el

servicio, y se prohibe la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social; el artículo 20 de las Reales Ordenanzas de la Armada establece, que la acción de mandar en sentido genérico, es inherente a todo militar que ejercerá su autoridad según su jerarquía y de acuerdo con cuanto señalan la Constitución, el ordenamiento jurídico del Estado, las Reales Ordenanzas y las Fuerzas Armadas y las de la Armada, y demás disposiciones vigentes; y el artículo 32, que el orden jerárquico en la Armada, viene definido por la preeminencia, de acuerdo con los criterios de empleo, orden o antigüedad del escalofanamiento; el artículo 198 de las Reales Ordenanzas de la Armada dice que son Cuerpos de Mando el Cuerpo General de la Armada y el Cuerpo de Infantería de Marina; no sólo es en los buques donde puede ocurrir el conflicto, sino en múltiples destinos, como el Estado Mayor, y el criterio indiscutible es el de la jerarquía; el artículo 82 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas establece, que cuando concurran fuerzas de distintos ejércitos en acción conjunta, la sucesión en el mando recaerá, sin tenerse en cuenta el Ejército a que petenezca, en el de mayor empleo o antigüedad calificado para mandar; lo que debe aplicarse cuando se trata de fuerzas del mismo ejército; suplica una sentencia por la que se declare no ajustada a derecho y dejando sin efecto la Instrucción nº 006/1982 de 8 de noviembre, del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada.

Tercero: El letrado del Estado contesta que la Instrucción impugnada trae causa directa del Real Decreto 2008/1978 de 30 de junio, que desarrolla la Ley 79/1968 de 5 de diciembre de Escalas y Ascensos de los Cuerpos Oficiales de la Armada, y que recoge en su artículo 6-3 para la sucesión de mandos el criterio que luego desarrolla la Instrucción recurrida, por la relevancia técnica del Cuerpo General de la Armada; si el mando de un buque está encomendado a Jefe u Oficial de ese Cuerpo, por ser el técnicamente cualificado, la sucesión en el mando deberá recaer en Jefe u Oficial del mismo Cuerpo; los preceptos invocados en la demanda son ajenos a la cuestión litigiosa, pues se refieren genéricamente al orden jerárquico castrense, a la responsabilidad por el ejercicio del mando, a la no discriminación en las Fuerzas Armadas y a la precedencia en los ejércitos: no a la sucesión en los mandos; el artículo 82 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas si se refiere a la sucesión de mando, pero se refiere al caso en que concurran fuerzas de distintos Ejércitos en acción conjunta, como declaró esa Sala en sentencia de 22 de septiembre de 1986, recaída en recurso interpuesto contra instrucción similar; por consiguiente carece de base la pretendida ilegalidad de la Instrucción que se impugna: todas las Ordenanzas de las Fuerzas Armadas recogen el criterio de cualificación técnica: los artículos 205 y 206 de las Reales Ordenanzas de la Armada regulan la sucesión en el mando, y tanto uno como otro se refieren a que recaerá en el de mayor empleo y preeminencia, subordinado directamente y con la misma cualificación para el mando, o cualificación necesaria; suplica se dicte sentencia por la que se

desestime integramente el presente recurso, confirmando la Instrucción Impugnada por hallarse ajustada a Derecho.

Cuarto: En el escrito de conclusiones, los actores combaten las alegaciones de la contestación a la demanda, e insisten en que el orden de preferencia en la sucesión de los mandos está basado en la mayor antigüedad en el escalafonamiento y que el Cuerpo de Infantería de Marina está reconocido como Cuerpo de mando con carácter general; se ha postergado al Cuerpo de Infantería de Marina que es Cuerpo de Mando; los artículos 205 y 206 del Real Decreto 1024/1984 son totalmente ajenos a la cuestión litigiosa; el problema que subyace es perpetuar el secular privilegio del Cuerpo General de la Armada, contrario al artículo 14 de la Constitución y de prosperar la tesis del Abogado del Estado se produciría una violación de dicho precepto; suplica se dicte sentencia que estime íntegramente el recurso.

Quinto: –El Letrado del Estado en sus conclusiones, da por reproducidas las alegaciones de la contestación, sin tener que formular ninguna otra manifestación; suplia lo mismo que en el escrito de contestación.

Fundamentos de Derecho

Primero: La impugnación de la Instrucción 006/1982 del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada se efectúa por los recurrentes, Oficiales del Cuerpo de Infantería de Marina, en cuanto tal Instrucción infringe normas de superior rango, incluso el artículo 14 de la Constistución Española, y discrimina al Cuerpo de Infantería de Marina frente al General de la Armada; la Instrucción regula la sustitución en el mando que lo es con carácter interino en los casos de cese o fallecimiento del titular, y hasta que tal mando sea provisto en propiedad; la regla general en esto casos, es que quien se haga cargo del mando provisionalmente, ha de tener condiciones para ejercerlo; y la Instrucción regula las sustituciones en los casos de vacante o ausencia del titular en todos los casos posibles dentro de las Fuerzas Navales, por lo que se refiere tanto al Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, como al Comandante General de la Infantería de Marina, al Intendente General, Asesor Jurídico, Interventor, Directores de Escuelas, o Cuerpo de Máquinas.

Segundo: Las alegaciones de los recurrentes son totalmente improcedentes; la Instrucción no vulnera normas de superior jerarquía; los mandos de los respectivos cuerpos y servicios están atribuídos a quienes ostentan la capacidad técnica y legal para el desempeño de las funciones que les están atribuídas, y el mando ha de ejercitarse en aquellas funciones que les corresponden a cada Cuerpo; por ello los integrantes del de Infantería de Marina tienen mando en sus funciones, y los del Cuerpo General en las suyas sobre las circunstancias, condiciones y regulación de la navegación, función principal de las fuerzas navales, a la que están supeditadas todas las demás; el Cuerpo de Infantería de Marina, aunque tenga atribuído mando lo es en

relación con su actividad específica, al ser un Cuerpo Militar, pero subordinado a la jefatura de la Armada; así lo dispone el artículo 135 de las Ordenanzas de la Armada, actualmente vigentes, al decir que la Infantería de Marina, Fuerza Especial de la Armada, depende del Almirante jefe del Estado Mayor de la Armada a través de su Comandante General, responsable de su preparación y, cuando así se determine, de su empleo; al ser una fuerza especial, no tiene los caracteres que pudieran configurarla, en igualdad técnica y funcional, con la cadena de mando navales, como se expresa en el artículo 42 de las mismas Reales Ordenanzas; por ello la Instrucción recurrida se atiene a los normas legales y reglamentarias superiores, que la legitiman.

Tercero: La infracción del artículo 14 de la Constitución Española, por ser contraría la Instrucción al principio de igualdad, es totalmente improcedente; no se trata en este caso, de dar distinto trato, y reconocer derechos y obligaciones distintos a personas en la misma situación; esta es completamente distinta, pues se trata de dos Cuerpos integrados en la Armada, con diferentes características, cometidos, conocimientos técnicos, ingreso y desempeño de funciones: la diversidad de sus características es evidente, por lo que el trato no ha de ser igual; sino que al contrario ha de ser diferente, para que no padezca el principio de igualdad; los Cuerpos y Escalas de funcionarios, tienen distinto trato, retribuciones, obligaciones, funciones y derechos, distintos entre los civiles y militares, y entre estos en sus diversos Cuerpos y Escalas y Ejércitos; el tratar desigualmente a individuos desiguales no quebranta al principio de igualdad, sino que lo afirma; por tanto, al no haberse producido ninguna de las infracciones denunciadas por los demandantes en la Instrucción que combaten, sino que ésta se ha producido de conformidad con el ordenamiento jurídico, ha de ser desestimados el recurso y confirmada la resolución administrativa impugnada.

JURISPRUDENCIA LABORAL

Juan Carlos FERNANDEZ MARTIN
Capitán Auditor

Nota a la Sentencia de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, de 1 de Febrero de 1988.(*)
Ponente: Sr. García-Murga Vázquez.

La sentencia presente de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, declara la nulidad del despido, en base a dos razones fundamentales:

A. La empresa había asumido la obligación de readmitir al trabajador, aun cuando no existiese vacante de igual o similar categoría y,

B. El contrato de trabajo estaba suspendido, sin que tal suspensión derivase de que el trabajador se encontrara en situación de excedencia, sino del mutuo acuerdo de las partes.

Por esta última razón, la suspensión del contrato, origina la aplicación del art. 55,6 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto determina –sin distinción en cuanto a cuál sea el motivo de la suspensión– que el despido será considerado nulo si la jurisdicción competente no apreciara su procedencia.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación por infracción de Ley, formalizado por D. Rafael, contra la sentencia dictada por la M.T. Málaga, núm. 2, que conoció de la demanda sobre despido, formulada por dicho recurrente, contra la Empresa Sociedad Anónima, X, ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el mencionado demandante.

Antecedentes de hecho

Primero: Dicho actor, D. Rafael, formuló demanda ante la MT Málaga, núm. 2, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se declarara que el despido de que ha sido objeto el actor es nulo con nulidad radical, y en consecuencia se condene a la demandada a la readmisión, con

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

opción a favor del actor, en las mismas condiciones de trabajo y al pago de los salarios de tramitación hasta que la readmisión tenga lugar.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma oponiéndose la demandada. Y recibiendo el juicio a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero: Con fecha 31 jul. 1986, se dictó sentencia por la Magistratura de instancia cuya parte dispositiva dice: «*Fallo:* que, con estimación de la demanda interpuesta por D. Rafael, contra X, S.A., debo declarar y declaro improcedente el despido a que estos autos se contraen, y debo condenar y condeno a la empresa demandada a: 1) Readmitir al demandante en el puesto de trabajo que la misma tiene en la provincia de Málaga, con la facultad de sustituir la Empresa el contenido de la obligación de readmisión, si así optase expresamente dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de esta MT, por una indemnización en favor del demandante por un importe de 5.195.850 ptas. 2) Satisfacer al actor los salarios devengados y dejados de percibir durante el período comprendido desde el 22 dic. 1985 hasta notificación de la presente sentencia a razón de 206.802 ptas. mensuales, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias.

Cuarto: En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: 1º) Que el demandante Rafael, que prestaba servicios desde el 1 abr. 1966 como administrativo para la empresa X, S.A., en la factoría de Málaga, situado en la confluencia de la Carretera Aeroclub con la de Málaga-Cádiz, pasó el 22 dic. 1983 a la situación de excedencia voluntaria, en los términos y con los antecedentes que se explican en el ordinal siguiente de este mismo capítulo. 2º) Que el expresado trabajador fue elegido miembro del Comité de Empresa en las elecciones sindicales de 1981 (29 oct. 1981) y designado presidente por sus compañeros, ejerciendo una intensa actividad sindical en el seno de la empresa; y con ocasión de la solución mediadora de la Delegación de Trabajo y S.S., de la Junta de Andalucía por la que se obtuvo el 21 dic. 1983 la desconvocatoria de la huelga ya declarada en dicha empresa, normalizándose la situación laboral que había experimentado reiterados momentos conflictivos durante el año 83. En el acta del acuerdo, de fecha 22 dic. 1983, y en relación con D. Rafael, se estipula: a) La Empresa acuerda dejar sin efecto el despido de que había sido objeto. b) sustitución de la sanción de despido por la de suspensión de empleo y sueldo, entendiéndose cumplida la sanción desde el 7 a 12 dic. 1983. c) Concesión al mismo trabajador de un período de excedencia voluntaria durante 2 años, contados desde el 22 dic. 1983, de modo que «si al término de la referida excedencia solicitara (el interesado) su incorporación y no pudiera accederse a ello por no existir vacante de igual o similar categoría a la que ostenta en la fábrica ubicada en Málaga, la empresa se compromete y garantiza readmitirle al finalizar el período de 2 años de excedencia en su categoría profesional o

similar, bien entendido que dicha readmisión sólo se garantiza en los centros de trabajo que la empresa tiene o tenga en la provincia de Málaga, con la exclusión de la capital». Tal excedencia aparece precedida de una solicitud del interesado, que la apoya en «motivos particulares». 3º) Que el actor en el momento en que pasó a la situación de excedencia voluntaria ostentaba la categoría de jefe administrativo, y desempeñaba su puesto de trabajo en la factoría que la empresa tiene en Málaga, capital, y percibía entonces una retribución salarial de 124.310 ptas., y otras 41.436 ptas. por parte proporcional de pagas extraordinarias. Percibió, en razón de esa excedencia, una compensación económica de 4.402.000 ptas. 4º) Que en las elecciones sindicales celebradas en la empresa demandada en mar. 1984, se elige un nuevo Comité de Empresa, en el que no figura el demandante. 5º) Que habiendo solicitado éste, antes de cumplirse los 2 años de excedencia, su reingreso a la empresa, se le contestó lo siguiente, mediante comunicación escrita de fecha 16 dic. 1985; «Muy señor nuestro: En relación a su escrito solicitando la reincorporación al trabajo, una vez finalizado el período de 2 años de excedencia voluntaria, que Vd. solicitó, de acuerdo con lo establecido en el art. 43.7 de la vigente Ordenanza Laboral para la Industria Cervecera y en el art. 48.5 ET; y se le concedió con efectos y mediante escrito de fecha 22 dic. 1983, hemos de informarle que en estos momentos no podemos acceder a su solicitud por no existir vacante de igual o similar categoría a la suya en nuestros centros de trabajo de Málaga. Sin otro particular, atentamente le saludamos». 6º) Que no existe puesto vacante de igual o similar categoría profesional de la del demandante en el centro de trabajo de Málaga capital de la empresa demandada, teniendo ésta otro centro en Marbella, que es servido por un oficial administrativo y un almacenero. 7º) Que al actor correspondía percibir el 22 dic. 1985 una retribución salarial de 155.102 ptas mensuales, sin incluir pagas extraordinarias. 8º) Que, por la declaración de amplio número de testigos de la misma parte actora, todos ellos representantes sindicales, se obtiene la convicción, y así se estima acreditado, de que la empresa nunca ha coartado la actividad sindical en el seno de la misma. 9º) Que interpuso el 27 dic. 1985 papeleta-demanda a acto de conciliación ante el IMAC, se celebró el 15 ene. 1986 con el resultado de sin efecto; promoviéndose el 24 ene. 1986 el presente procedimiento».

(...)

Fundamentos de Derecho

Primero: 1. El trabajador demandante, que había formulado pretensión para que su despido fuera declarado radicalmente nulo por alegar que se trataba de un acto discriminatorio e injerencia en su libertad sindical, ha formulado el presente recurso contra la sentencia de instancia que declaró la improcedencia de dicho despido y pronunció condena de readmisión o de

pago de indemnización contra la empresa demandada, atribuyendo a ésta la opción entre dichos pronunciamientos.

2. Ha sido formalizado mediante cinco motivos: los dos primeros al amparo del art. 167,5 LPL y ambos por error de hecho en la apreciación de la prueba; y los tres restantes al amparo del núm. 1 del citado precepto legal. A medio del tercero y del cuarto se postula la inicial petición de nulidad radical del despido y mediante el quinto, subsidiario de todos los anteriores, que tal despido sea declarado nulo, y no improcedente.

Segundo: Aunque se refieran a dos particulares diferentes del ordinal segundo de la declaración de hechos probados son tributarios de tratamiento conjunto los dos motivos de error de hecho, puesto que el primero meramente instrumental –como así se consigna, además– del segundo; y lo que con ambos se intenta es dejar establecido que «es con posterioridad al acuerdo de Empresa y Sindicatos cuando el actor solicita por motivos particulares la excedencia». A tal fin se especula con los documentos obrantes a los folios 113 –comprensivo del acta de aquel acuerdo– y 126 –carta del actor–, pero se olvida que en el primero, pese a estar fechado el día 21 en efecto, se recoge el texto literal de la carta de respuesta al segundo que, al igual que éste, están fechados el 22 dic. 1983. Es claro, pues, que ninguna censura merecen los hechos discutidos, singularmente el que se intenta modificar por el motivo segundo, porque su expresión de que «tal excedencia aparece precedida de una solicitud del interesado, que la apoya en motivos particulares» responde exactamente al tenor de los citados documentos; y la solicitud y concesión de la excedencia fueron evidentemente, simultáneas al referido acuerdo, en el que quedaron integradas. Ninguno de los motivos, en consecuencia, puede ser acogido, ya que ambos son claramente improcedentes.

Tercero: 1. También los motivos tercero y cuarto han de obtener resolución común; éste que plantea la indebida aplicación del art. 56,1 ET, se articula como consecuente a aquél y dando por supuesta su prosperidad. El tercero, ampliamente desarrollado, alega violación del art. 28,1 CE, en relación con el 24,1 y el 14 de la misma y con el art. 17 ET; y con todo ello –como ya se adelantó– trata el recurrente de fundamentar su tesis en pro de que la decisión empresarial sea calificada como despido radicalmente nulo, como atentatoria de la libertad sindical que reclama.

2. El trabajador, en dic. 1983, ostentaba la condición de miembro del Comité de Empresa que presidía y ejercía una intensa actividad sindical; fue despedido con efecto del día 7 del mismo mes y tal despido dejado sin efecto y sustituido por sanción de suspensión de empleo y sueldo que se entendió cumplida entre aquella fecha y la del 21 siguiente, como se hizo constar en acuerdo que solucionó situación conflictiva pendiente y que fue documentado con esta última y obteniendo con la mediación de la Delegación competente de la Junta de Andalucía entre los Sindicatos de UGT y CC.OO. y la empresa, acuerdo que incluía la concesión al mismo de excedencia voluntaria por tiempo de 2 años, al término de los cuales, si el traba-

jador solicitaba su incorporación, la empresa se compromete y garantiza a readmitirle en su categoría profesional o similar tan sólo en los centros de trabajo que la empresa tiene o tenga en la provincia de Málaga con la exclusión de la capital; readmisión en tales términos garantizada para el supuesto de que no pudiera accederse a la incorporación «por no existir vacante de igual o similar categoría a la que ostenta en la fábrica ubicada en Málaga» (hecho probado segundo). En el momento dicho, era jefe administrativo en la factoría de Málaga capital; percibia salario mensual de 124.310 ptas más 41.436 por parte proporcional a pagas extraordinarias; y por razón de la excedencia, percibió una compensación económica de 4.402.000 ptas (hecho probado tercero). En las elecciones sindicales celebradas en la empresa en mar. 1984, se elige un nuevo Comité en el que no figura el actor (hecho probado cuarto). Con fecha 16 dic. 1985 la empresa respondió a su solicitud de reingreso citando el art. 43,7 de la Ordenanza Laboral y el 46,5 ET y expresando: «hemos de informarle que en estos momentos no podemos acceder a su solicitud por no existir vacantes de igual o similar categoría a la suya en nuestros centros de trabajo de Málaga» (hecho quinto). No existe puesto así vacante en el centro de trabajo de Málaga capital y la empresa tiene otro centro en Marbella que es servido por un oficial administrativo y un almacenero (hecho sexto). Y la empresa nunca ha coartado la actividad sindical en el seno de la misma (hecho octavo). Tales son los antecedentes fácticos operantes al caso.

3. En su fundamentación jurídica el juzgador de instancia rechaza la aplicación del art. 46,5 ET y establece que la estipulación singularmente convenida en cuanto a la obtención de reingreso merece aplicación prevalente sobre aquella norma, por su carácter de condición más beneficiosa (fundamento primero), que la negativa *sine die* de la empresa ofrece el valor de un despido que, al haberse formalizado por escrito obtiene la calificación de improcedente y que de ello se siguen las consecuencias del art. 56,1 ET, correspondiente la opción a la empresa y no al despedido, por no concurrir en el mismo actualmente la condición de representante de los trabajadores (fundamento segundo). El fundamento tercero argumenta por qué no puede afirmarse que la negativa de la empresa a reingresar al demandante obedezca a motivos antisindicales.

4. Descarta completamente dicho fundamento jurídico tercero –puntualmente completado mediante auto de aclaración posterior– que pueda imputarse a la sentencia recurrida infracción alguna del art. 24,1 CE; puesto que, mediante él se da respuesta concreta (aunque negativa) a la pretensión del demandante de que su despido se declara como radicalmente nulo en cuanto atentatorio a su derecho de libertal sindical; y se afirma que la presunción que pudiera ampararla (aunque no se cite expresamente, es clara la referencia a la doctrina del TC que invoca el recurrente) «se desvanece por el razonable motivo alegado por la entidad empleadora y acreditado, consistente en la falta de puesto vacante, aunque ello no le exima del deber de

reincorporarlo...». Tal alegación del recurso es del todo inoperante, si bien ello no exime del estudio de las otras conclusiones también alegadas, como se hará seguidamente.

Cuarto: 1. Es cierto que el art. 28,1 CE garantiza la libertad sindical y que su art. 14 establece la completa igualdad de todos los españoles ante la ley. También lo es que conforme a doctrina vinculante del TC la protección frente a los actos de discriminación velados por aquel artículo alcanza subjetivamente a todos los trabajadores; y que ello está también patente en el art. 17,1 ET, L 8/1980. Pero todo ello supuesto, lo que ha de resolverse es si la decisión empresarial de no reingresar al trabajador en el servicio activo constituye vulneración de aquellos derechos sindicales, como lo sostiene el recurrente, que al efecto lo que hace es vincular esta decisión con el resultado del acuerdo a que se llegó 2 años antes deduciendo las consecuencias que puntualiza en pro de su tesis a través de distintos argumentos, el primero de los cuales es perfectamente asumible, porque en efecto la supuesta excedencia del actor no fue tal, según los términos en que se materializó, que incluyeron la remuneración anticipada e importante del cese en la prestación del trabajo.

2. El que no puede compartirse es el segundo expresivamente resumido en el alegato al afirmar que el trabajador es el «chivo expiatorio» para solucionar el conflicto colectivo que mantenían los trabajadores y la empresa. Verdad es que la solución dada a su despido y a su situación laboral fue determinante –al menos en parte– de la de aquel conflicto (así resalta del acuerdo), mas no cabe olvidar: a) que no consta acreditado que el despido disciplinario entonces revocado fuera *de iure* discriminatorio por antisindical, ni se ha intentado incluir tal hecho entre los probados; b) que en ningún momento el acuerdo fue impugnado por el demandante, y, por tanto, su plena efectividad no puede desconocerse: la implícita afirmación de que le fue impuesto *a fortiori* hubiera requerido previa declaración judicial obtenida frente a empresa y sindicatos que lo concluyeron; de otra parte –ya se ha reiterado– obtuvo el demandante una compensación económica relevante; y c) y sobre todo, que intervención sindical (de ambas centrales) en su consecución implica una singular tutela del derecho ahora cuestionado, cuyo alcance fue expresamente aceptado por el demandante; que, además, vio reconocida su condición de miembro Presidente del Comité de empresa, hasta que en mar. 1984 se celebraron las nuevas elecciones para el mismo.

3. Ha de concluirse, en consecuencia, que el acuerdo de 1983 consumó en todo caso y por completo la protección sindical a que era acreedor el trabajador, que con su voluntaria actuación no sólo asumió el acuerdo, sino que lo hizo viable y efectivo, permitiendo así el restablecimiento de la paz laboral que, no hay que olvidarlo, si benefició a la empresa, benefició también a los trabajadores cuya representación entonces ostentaba; y que supuso también para él, un indudable beneficio; y que, por tanto, el motivo que estudiamos es improcedente, ya que la sentencia no ha incurrido en infrac-

ción alguna del art. 28,1 CE. Tampoco, en relación con este motivo, que es como se introduce, es procedente el cuarto; puesto que no ha lugar a estimar que haya de declararse radicalmente nulo el despido controvertido, calificación que sólo hubiera sido posible si, al prosperar aquel motivo, se entendiera que dicha decisión obedecía a discriminación sindical.

Quinto: El motivo de igual número y final del recurso es, por el contrario procedente, puesto que ha de aceptarse que la decisión empresarial de no readmisión –cuya equivalencia al despido no puede ahora discutirse, puesto que dicho pronunciamiento está aceptado, al igual que la calificación como no procedente de tal despido– se produjo: a) o causa por razón que no legitimaba a la empresa para adoptarla, pues contrariaba expresa obligación asumida; también ello es circunstancia indiscutible, puesto que la empresa no ha combatido la sentencia que lo consigna así; y b) cuando el contrato de trabajo estaba suspendido, suspensión que no deriva de que el trabajador estuviera en situación de excedencia (ya se dijo más arriba que esta alegación del recurrente era acogible; desvirtúa aquella situación el hecho acreditado de la remuneración que percibió, anticipadamente además, el trabajador), sino de mutuo acuerdo de las partes, que como originador de la suspensión está admitido por el art. 45,1 ET. Y dicha suspensión del contrato origina que sea de aplicación la norma contenida en el art. 55,6 ET, en cuando determina –sin distinción alguna en cuanto a cual sea la causa de la suspensión– que el despido se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia. Ha sido, pues infringida la expresada imposición legal por violación, como la denuncia este quinto motivo, que merece, por ello, acogida; y en relación con él –que no con el tercero– indebidamente aplcado el art. 56,1 del mismo Estatuto, que sólo puede serlo adecuadamente cuando el despido sea declarado improcedente.

Sexto: Por los fundamentos que anteceden procede la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia con anulación de su pronunciamiento. Este, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 1715,3 de la supletoria LEC, ha de quedar sustituido por el más procedente en derecho, que –en atención también a cuanto se deja razonado, que no precisa de más explicitación– es el de estimación de la demanda con declaración de nulidad del despido y con las consecuencias que para dicha declaración se previenen en el art. 55,4 ET, cuantificados los salarios como lo especifica la sentencia recurrida en su parte dispositiva, porque dicho pronunciamiento no se ha impugnado.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallamos: Estimamos el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por D. Rafael, contra la S. 31 jul 1986 dictada, por la MT Sevilla núm. 2, en los autos núm. 167/1986 seguidos sobre despido por demanda del expresado recurrente contra la empresa X, S.A., cuya sentencia casamos con anulación de su pronunciamiento. Estimamos en parte la demanda ini-

cial, declaramos la nulidad del despido del actor y condenamos a la demanda a la readmisión inmediata del trabajador, con abono a éste de todos los salarios dejados de percibir desde el día 22 dic. 1985 en que debió ser readmitido a razón de 206.802 ptas. mensuales, incluida parte proporcional por pagas extraordinarias.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. García-Murga Vázquez.–Sr. Moreno Moreno.–Sr. Fernández López.**

Nota a la Sentencia de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, de 9 de Febrero de 1988.(*)

Ponente: Sr. Sánchez Morales de Castilla.

La presente sentencia de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, establece la necesidad de hacer extensivo el requisito de la audiencia a los delegados de personal, cuando el sujeto al expediente es uno de ellos, a todos los demás, cualquiera que sea su número, necesidad que viene dada por lo dispuesto en el art. 68.a) del Estatuto de los Trabajadores, al decir, que serán oidos, aparte del interesado, "los restantes delegados de personal", y con idéntica terminología se expresa el art. 111 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando establece que "cuando no resultase acreditada la tramitación del referido expediente, o no se hubiera dado audiencia al interesado, al comité de empresa, o a los restantes Delegados de Personal, el despido se declarará nulo de oficio".

Existe, por tanto, una obligación empresarial que se traduce en la correcta tramitación del expediente, haciendo posible el cumplimiento de dicha exigencia legal, en los términos reseñados en la sentencia del Tribunal Supremo.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la empresa Sociedad Anónima, X, contra la S 7 jul. 1986 de la MT Santa Cruz de Tenerife núm. 1, en autos seguidos por demanda de D. Eduardo contra mencionada recurrente; sobre despido. Es Ponente el Magistrado Sr. Sánchez Morales de Castilla.

(...)

Fundamentos de Derecho

Primero: No puede prosperar la impugnación que se hace en el recurso del relato fáctico de la sentencia recurrida, por el cauce procesal del art. 167,5 LPL, porque los documentos que tratan de acreditar error de hecho sufrido por el juzgador de instancia en la apreciación de la prueba documen-

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

tal, obrantes al folio 18 de los autos –que no es tal, en sentido literal, sino que se trata de un conjunto de documentos incluidos en una carpeta que contiene todas las actuaciones practicadas por la empresa en el expediente disciplinario que instruyó al hoy recurrido, que ha sido identificado, al foliar los autos, con un solo número– no desvirtúan la afirmación del Magistrado de que uno de los delegados de personal no recibió la comunicación de la iniciación del expediente, sino que la ratifican, pues de un lado no consta la comunicación telégrafica que en tal sentido fuera dirigida al delegado D. Carlos, sino únicamente la postal, que no llegó a su poder; y en cuanto a la posterior comunicación de conclusión del expediente, si bien es cierto que no hace referencia ella el relato histórico combatido y que consta en el expediente que fue cursada telegráficamente a los delegados de personal, aunque no recibida por D. Carlos, no es menos cierto que tal omisión resulta irrelevante al signo del fallo, como se razonará en el momento oportuno, lo que lleva al rechazo del motivo ahora examinado que es el primero de los articulados en el recurso.

Segundo: Los motivos segundo y tercero, que se viabilizan al amparo del art. 167,1 LPL, denuncian, respectivamente, violación de los arts. 68 a) ET y 111 LPL, el primero de ellos, e interpretación errónea de los mismos preceptos el otro; siendo la tesis recurrente que la empresa, en contra de lo apreciado por el Magistrado, observó en la tramitación del expediente disciplinario instruido al hoy recurrido las garantías y formalidades, que prescriben y exigen las normas mencionadas y, por tanto, el despido impuesto, como resolución de dicho expediente, no puede ser calificado de nulo. Pero lo cierto es que el requisito de la audiencia a los delegados de personal, cuando el sujeto al expediente es uno de ellos, se refiere a todos los demás, cualquiera que sea su número, como claramente se deducen de los preceptos invocados al decir el art. 68 a) ET que serán oídos, aparte del interesado «los restantes delegados de personal», expresión que se repite en los mismos términos en el art. 111 LPL; de donde se sigue, sin duda alguna, que la obligación empresarial en la correcta tramitación del expediente se concreta en hacer posible el cumplimiento de dicha exigencia legal, bien dando traslado del mismo, o notificando su conclusión a los interesados para que, sin restricciones no queridas por la ley, puedan evacuar la audiencia que de ellos se espera. Por tanto, si en el caso de autos, además del expedientado, eran dos más los delegados de personal, independientemente de que a uno de ellos no llegara la notificación de la conclusión del expediente –y sin necesidad de entrar a dilucidar si esta circunstancia fue debida o no a la negligencia del propio delegado– si tanto en la llamada providencia por la que en el expediente se acuerda tal notificación, como en el texto de los telegramas que fueron cursados para cumplimentarla, se dice que «deberán designar a uno de sus miembros para examinar el expediente disciplinario», en la providencia, y en el telegrama al D. Carlos que el expediente está en las oficinas de la Compañía «a disposición de uno solo de los delegados de

personal», además del expedientado, es claro que la empresa está introduciendo una limitación y una restricción a los derechos que la Ley otorga a los delegados de personal en la materia que es objeto de atención que ha de desembocar en la nulidad del despido, declarable incluso de oficio, como dispone el citado art. 111 LPL, como, con acierto, ha resuelto el Magistrado de instancia que, por tanto, no ha incurrido en la infracción de los preceptos mencionados, sino que los ha interpretado y aplicado correctamente, lo que lleva a la desestimación de ambos motivos.

Tercero: El rechazo de los motivos precedentes lleva, sin necesidad de más razonamientos, a que haya de decaer también el cuarto, que se formula *ad cuatelam* para el supuesto de que dejaba sin efecto la nulidad del despido declarada por el juzgador de instancia, hubiese que entrar en el estudio de la valoración de los hechos imputados al trabajador como causa de despido; todo lo cual lleva, de conformidad con el dictamen del MF, a la desestimación del recurso con las consecuencias prevenidas en el art. 176 LPL.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

Fallamos: Desestimamos el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la empresa X, S.A., contra la S 7 jul. 1986 dictada por la MT Santa Cruz de Tenerife núm. 1, en autos seguidos por demanda de D. Eduardo, sobre despido. Con pérdida de consignación y depósito, a la que se dará el destino legal oportuno.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. Del Riego Fernández.–Sr. García-Murga Vázquez.–Sr. Sánchez Morales de Castilla.**

Nota a la Sentencia de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, de 17 de Marzo de 1988.(*)

Ponente: Sr. Lorca García.

La presente sentencia de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, viene a establecer, con toda claridad, que no puede mantenerse la percepción de pensión de jubilación, aunque ésta se hubiera consolidado con anterioridad, cuando se desarrolle un trabajo retribuído en el sector público. Y se llega a esta conclusión, partiendo de la base, consistente en que la normativa que diseña tal incompatibilidad –en este caso concreto, se trata de la Ley 44/1983, de 28 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, para 1984–, no limita derechos fundamentales, tiene un grado de retroactividad mínimo, con objeto de introducir un tratamiento uniforme en materia de incompatibilidad de la pensión de jubilación y el trabajo, y en consecuencia, no vulnera el art. 9,3 de la Constitución, el cual, según señala el Tribunal Supremo, no puede interpretarse en un sentido aislado, toda vez que la

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

interdicción absoluta del principio de irretroactividad, conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, lo que pugnaría con la claúsula del Estado Social y Democrático de Derecho, consagrado en el art. 1.1 de nuestro Texto Fundamental.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el INSS, contra la sentencia dictada por la MT Baleares núm. 2, conociendo de la demanda interpuesta ante la misma por D. Abel contra dicho recurrente sobre pensión de jubilación.

Es Ponente el Excmo. Sr. Lorca García.

Antecedentes de hecho

Primero: El actor interpuso demanda ante la MT contra expresado demandado, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare no ser ajustada a derecho la decisión adoptada de suspender el pago de la pensión de jubilación.

Segundo: Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según es de ver en acta. Y recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero: Se dictó S 17 dic. 1984 en la que consta el siguiente *fallo:* «Que estimando la demanda interpuesta por D. Abel, contra el INSS, debo declarar y declaro del derecho del actor el percibo de la pensión de jubilación reconocida con efectos desde 5 abr. 1983, por el INSS, demandado, revocando la resolución de dicho Instituto de efectos desde 5 abr. 1983, por el INSS, demandado, revocando la resolución de dicho Instituto de efectos desde 1 ene. 1984, por no ajustarse a derecho, condenando al mismo a reponer al demandante en el disfrute de dicha pensión desde dicha fecha, con las consecuencias inherentes a tales declaraciones».

Cuarto: En la anterior sentencia se declara probado: «Primero: Que el actor, D. Abel, ha venido prestando sus servicios como médico ginecólogo de la S.S., antes en diversos ambulatorios del extinguido INP y en la actualidad en el INSALUD, estando afiliado al Régimen General de la S.S., habiendo sido jubilado en el mismo con efectos de 5 abr. 1983, reconociéndole el INSS una pensión de 89.195 ptas. mensuales, si bien la percepción de la misma quedaba en suspenso hasta tanto el actor justificase haber causado baja por jubilación en los servicios que venía prestando en la Mutualidad de Previsión de la Administración Local (MUNPAL) a la que igualmente se hallaba afiliado por prestar servicios paralelos a aquéllos, en régimen de compatibilidad en el Hospital Provincial, hoy Hospital General, regentado antes por la Diputación Provincial de Baleares y hoy por el Consell Insular de Mallorca. Segundo: Que recurrido el acuerdo del INSS ante la

MT Baleares núm. 3, se dictó S 5 nov. 1983, en el expediente 710/83, declarando compatibles el percibo de la pensión de jubilación del Régimen General reconocida por el INSS con el ejercicio de una plaza en el Hospital Provincial, incluida dentro del Régimen de la MUNPAL. Tercero: Que para el otorgamiento de la pensión de jubilación reconocida por el INSS, por el Régimen General, no se computó cotización alguna efectuada por la MUNPAL. Cuarto: Que el INSS cumplió lo ordenado en la sentencia mencionada hasta el 31 dic. 1983, en que dio orden de no abonar la misma, notificándolo al actor en 27 ene. 1984, fundando su actuación en lo dispuesto en el art. 52 L 44/1983 de 28 dic., de Presupuestos Generales del Estado, por entender incompatible la pensión de jubilación con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad retribuida en cualquiera de las Administraciones Públicas. Quintó: Que el actor interpuso reclamación previa con fecha 24 feb. 1984, desestimada por el INSS en 12 dic. 1984».

Quinto: Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación por infracción de Ley, a nombre del INSS, y recibidos y admitidos los autos en esta Sala por su Procurador Sr. Morales Villanova, en escrito de fecha 4 nov. 1985 se formalizó el correspondiente recurso, autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: Primero: Al amparo del art. 167,1 LPL, por violación del art. 52 L 44/1983 de 28 dic., por la que se aprueban los Presupuestos del Estado para el año 1984. Segundo: Al amparo del art. 167.1 LPL, por interpretación errónea del art. 52 L 44/1983 de 28 dic., de Presupuestos Generales del Estado, en relación con la disp. trans. 1ª, 1 LSS. Terminaba suplicando se dicte sentencia que case y anule la recurrida.

Sexto: Evacuado el traslado de impugnación, el MF emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 11 de marzo actual, el que tuvo lugar.

Fundamentos de Derecho

Primero: El presente recurso se centra en resolver si el demandante, que por sentencia firme tenía reconocida la compatibilidad de percibo de la pensión de jubilación del Régimen General de la S.S., con el ejercicio de la plaza de médico en la MUNPAL, puede continuar percibiéndola simultáneamente a su condición de funcionario en activo, tras la vigencia de la L 44/1983 de Presupuestos. Supuesto éste que ha sido resuelto por la doctrina jurisprudencial de la Sala, así en SS 5 jul. y 28 nov. 1986, 28 ene., 15 abr., 10 jun. y 2 jul. 1987 en el sentido siguiente:

Primero: La incompatibilidad que dispone el art. 52,1 L 44/1983 viene a corregir un tratamiento discriminatorio irregularmente producido mediante una actuación de hecho contraria a la normativa vigente, y en este sentido no sería ni siquiera retroactiva, en cuanto su efecto inmediato se limita a la

restauración del efecto normal de la legislación anterior, garantizando así su plena conformidad con el mandato contenido en el art. 14 CE.

Segundo: La aplicación de esta regla de incompatibilidad, reiterada en las Leyes de Presupuestos para los siguientes ejercicios económicos, a las pensiones reconocidas con anterioridad a su vigencia, no puede considerarse contraria al art. 9,3 CE, supuesto que en él se garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica y al interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Pero esta garantía no puede ser interpretada en un sentido aislado y a la vez expansivo, pues, como apunta la S 4 mar. 1982 del TC, la interdicción absoluta del principio de irretroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico y a la petrificación de las dadas, lo que pugnaría con la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho que consagra el art. 1,1 CE y con el objetivo de promoción de la igualdad material que a los poderes públicos asignada el art. 9,2 de la misma. Para el TC, los derechos individuales a que se refiere el art. 9,3 CE no son los derechos adquiridos, sino únicamente los derechos fundamentales, las libertades públicas y la esfera personal de protección de la persona –SS 4 feb. 1983 y 10 abr. 1986–. En conclusión: la norma contenida en el art. 51,1 L 44/1983 no limita derechos fundamentales, tiene un grado de retroactividad mínimo y su objetivo es el de introducir un tratamiento uniforme en materia de incompatibilidad de la pensión de jubiliación y el trabajo, eliminando los diferenciales no justificados, por lo que no puede apreciarse contradicción con el art. 9,3 CE, dado que viene a corregir, con clara voluntad uniformadora, un tratamiento discriminatorio que, sin una justificación razonable se habría producido en materia de compatibilidad de pensiones entre los funcionarios y los trabajadores por cuenta ajena o propia. Por ello no podrá mantenerse la percepción de pensión de jubilación –aunque ésta se hubiera consolidado con anterioridad– cuando se desarrolle un trabajo retribuido en el sector público.

Tercero: La anterior doctrina determina que deban acogerse los dos motivos formulados por la representación del INSS en el recurso de casación por infracción de Ley que ha interpuesto contra la sentencia de instancia. Motivos en los que, con amparo procesal en el art. 167,1 LPL, denuncia la violación del art. 52 L 44/1983 de 28 dic., y subsidiariamente al anterior, por interpretación errónea del mismo precepto. Procede, pues, casar y anular la sentencia recurrida, desestimar la demanda y absolver de ella al Instituto demandado; si bien, de acuerdo con la doctrina establecida la S 28 ene. 1987 de la Sala, la declaración de incompatibilidad realizada por el INSS sólo surtirá efectos desde el 1 feb. 1985, en concordancia con lo establecido en la disp. trans. OM 10 dic. 1984.

Por lo tanto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallamos: Estimamos el recurso de casación interpuesto por la represen-

tación del INSS contra la S 17 dic. 1984 pronunciada por la MT Baleares núm. 2, en proceso iniciado por la demanda interpuesta por D. Abel, contra el recurrente, sobre la percepción de pensión de jubilación; la casamos y anulamos y con estimación en parte de la demanda declaramos el derecho del demandante a cobrar la pensión de jubilación hasta el 31 ene. 1985, desde cuya fecha se declara incompatible con el ejercicio de la plaza de médico en la MUNPAL.

Los pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. García-Murga Vázquez.–Sr. Desdentado Bonete.–Sr. Lorca García.**

Nota a la Sentencia de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, de 18 de Abril de 1988.(*)

Ponente: Sr. Muñoz Campos.

La presente sentencia del Tribunal Supremo, viene a resaltar los distintos efectos que tiene en el ámbito laboral el despido nulo, en relación con el despido improcedente, a la hora de establecer –o posibilitar– el resarcimiento empresarial, para el caso de que se hayan satisfecho salarios de tramitación, a tenor de lo dispuesto en el art. 227, párrafo último de la Ley de Procedimiento Laboral, de forma que, sólo "en el supuesto de que el empresario hubiese optado por la indemnización", tendrá derecho al citado reintegro de los salarios pagados puntualmente.

Por esta razón, el mencionado art. 227 de la Ley de Procedimiento Laboral ha de ser referido al cumplimiento de lo previsto en el art. 56, nº 1 del Estatuto de los Trabajadores –opción por la indemnización–, sin que pueda ser trasladado aquél precepto al supuesto de nulidad, que el propio Estatuto de los Trabajadores ha tipificado como diferente.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto a nombre de Sociedad Anónima S, contra la sentencia dictada por la MT Madrid núm. 19 conociendo de la demanda interpuesta ante la misma por dicha recurrente contra la Administración del Estado (Dirección Provincial de Trabajo y S.S.) sobre cantidad. Siendo Ponente el Magistrado Sr. Muñoz Campos.

Antecedentes de hecho

Primero: La actora interpuso demanda ante la MT contra expresada demandada en la que tras exponer los hechos que estimó de aplicación terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se condene al Estado al abono a este parte de la cantidad de 5.871.409 ptas.

Segundo: Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma oponiéndose la demandada

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

según es de ver en acta. Y recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

Tercero: Se dictó S 18 ene. 1986 en la que consta el siguiente *fallo:* «Que debo absolver y absuelvo a la Administración del Estado de la pretensión deducida por la empresa demandante X, S.A.

Cuarto: En la anterior sentencia se declara probado: «Primero: Que en proceso 623 de 1984, seguido ante esta MT a instancia de D. Carlos frente a la empresa ahora demandante, se dictó S 19 jun. 1984, en la que se declara nulo el despido impuesto el 28 mar. 1984 a aquél por parte de ésta, a la que se condena a readmisión inmediata del mismo y a abonarle los salarios dejados de percibir desde indicada fecha hasta la de readmisión o de notificación de la sentencia, que lo fue el 5 jul. 1984. Segundo: Que el 13 jul. 1984 la empresa presentó escrito anunciando recurso de casación y consignando 2.099.412 ptas., como importe de la condena. Tercero: Que el TS, por S 7 mayo 1985; notificada el 31 mayo 1985, casó y anuló la sentencia recurrida declarando la incompetencia del orden jurisdiccional laboral para conocer del asunto. Cuarto. Que la empresa abonó a D. Carlos la cantidad de 5.871.409 ptas., correspondiente a los salarios del período entre el 13 jul. 1984 al 31 mayo 1985, sin que dicho señor prestara servicios a la empresa. Quinto: Que el 21 jun. 1985 la empresa presentó ante la Dirección Provincial de Trabajo y S.S. de Madrid, escrito en reclamación de la cantidad indicada en el número anterior, en concepto salarios de tramitación abonados a D. Carlos, invocando lo previsto en el RD 924/1982 de 17 abr. en relación con el art. 228 LPL. Sexto: Que el mencionado Organismo dictó acuerdo de fecha 28 jun. 1985 notificado de salida el 10 jul. 1985, por el que se desestima tal reclamación, por no concurrir los requisitos que las normas invocadas determinan».

Quinto: Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación por infracción de Ley a nombre de X, S.A., y recibidos y admitidos los autos en esta Sala por su Procurador Sr. Ortiz Solórzano en escrito de fecha 6 feb. 1987 se formalizó el correspondiente recurso autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: Primero y Segundo: Al amparo del art. 167,1 LPL, respectivamente denuncian, la interpretación errónea del art. 227 LPL y el art. 1 c) RD 924/1982; y la violación del art. 4,1 CC. Terminaba suplicando se dicte Sentencia que case la recurrida.

Sexto: No habiendo lugar al traslado de impugnación el MF emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente e instruido el Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos señalándose para votación y fallo el día 11 abr. 1988 el que tuvo lugar.

Fundamentos de Derecho

Primero: La declaración de nulidad del despido tiene como efecto la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de

percibir, según dispone el art. 55,4 ET. A tal fin, deberá el empresario notificarle por escrito la fecha de su reincoporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los 3 días siguientes a la recepción del escrito (art. 208 LPL).

Cuando el fallo de instancia declare que el despido es improcedente, si el empresario no opta, en el plazo de 6 días, por el abono de la indemnización que la sentencia fije o la readmisión, se entiende que procede ésta (art. 56 núms. 1 y 2 ET). En el caso de que la improcedencia del despido sea rectificada por el TS, en el sentido de considerarlo procedente, el empresario, que hubiere optado por el pago de la indemnización fijada en razón de la improcedencia y continuado el abono puntual de los salarios durante la tramitación del recurso por él interpuesto, tendrá derecho a ser resarcido por el Estado del importe de éstos. Así lo dispone el art. 227 párr. último LPL.

Segundo: Resalta, según los preceptos examinados, que el ET ha configurado de muy diferente manera los efectos del despido nulo y los del improcedente. Dejando a un lado el tema salarial, lo cierto es que en el primer caso impone la readmisión inmediata; en el segundo señala una indemnización, como alternativa; y, únicamente, si se opta por ésta (art. 227 párr. último LPL) de una manera expresa, dentro del término preciso que señala el citado art. 56,1 ya repetido, podría nacer el derecho para postular el reintegro de los salarios satisfechos (así lo reitera la S 21 ene. 1988).

La razón es obvia: en el mismo precepto que fija la nulidad y sus consecuencias inmediatas indica al empresario que dispone de un plazo de 7 días, siguientes a tal declaración, para cursar el trabajador el escrito notificándole la finalización del contrato «... en el que han de figurar los hechos que los motiven y la fecha en que tendrá efecto» (art. 55,1 ET). De aquí que los efectos negativos que para el empresario suponga dejar transcurrir ese plazo de 7 días sin subsanar el defecto determinante de la nulidad (ausencia de escrito o falta en éste de la narración precisa de los hechos determinantes), sólo a él pueden ser imputables, dada su pasividad en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce y en el cumplimiento de los deberes que le impone, pues de aquélla, en ningún caso, pueden devenir responsabilidad alguna para terceros.

Tercero: La doctrina científica, en la que el recurrente se apoya, coincide con la jurisprudencia en que la interpretación de la norma, que se invoca para resolver un conflicto determinado, implica el reconocimiento histórico y adecuación del significado objetivo de la misma, con relación, de una parte, a su evolución, y de otra, a la coherencia lógica y axiológica del ordenamiento jurídico, valorado en su integridad desde los principios superiores que propugna, según el art. 1,1 CE.

El art. 227 LPL, integrado caso al art. 1 c) RD 924/1982 de 17 abr., viabiliza el resarcimiento empresarial para el supuesto, preciso y concreto, de que se cumpla lo dispuesto en el art. 56,1 ET. No cabe, pues, trasladarlos

a otro que este mismo Estatuto ha tipificado como diferentes, según quedó expuesto, pese a las analogías que pueda ofrecer un examen superficial de uno y otro.

No hay identidad de razón en los efectos del despido nulo y en los del calificado de improcedente, ya que aquél, reiteramos, niega la ruptura de la relación laboral decidida unilaterlamente por el empresario, cuando no especifica concreta y precisamente las causas que le han llevado a ella, mientras en éste acepta tal extinción del nexo jurídico, imponiéndole un resarcimiento indemnizatorio a la contraparte, a la que se le han dado a conocer las razones, determinantes siquiera judicialmente no se estimen justificantes de la decisión.

En este sentido la jurisprudencia es bien precisa: Así la S 1 feb. 1982 concreta que solamente puede hacerse uso de la analogía, como medio de interpretación de una norma, si los supuestos de hechos configurados en la misma ofrecen identidad o similitud al concreto que se discute en el proceso; y no cuando, de aplicarse, se dan lugar a la creación de una norma sustancialmente nueva y distinta.

La aplicación analógica –dice la S 27 mayo 1985– exige una muy cuidadosa comprobación de si la norma objeto de incorporación al proceso, por esta vía excepcional, contempla un supuesto específico; y, de no ser así sí cabría subsumir en ella otro semejante que muestra respecto de aquél indentidad de razón (art. 4,1 CC). Operación jurídica muy delicada que ha de tener en cuenta tanto la *ratio* de la disposición que va a ser objeto de generalización por vía analógica como la propia realidad social dinámica que sirve de plataforma a la situación jurídica controvertida (art. 3,1 CC).

Cuarto: Desde cuanto viene expuesto, hay que concluir, cual informa el MF, en la desestimación de los tres motivos de casación, formalizados por la empresa recurrente al amparo del art. 167,1 LPL:

1º Al no aplicar la sentencia recurrida los arts. 227 párr. último LPL, y 1 c) RD 924/1982 de 17 abr., ha procedido correctamente, pues lo en éstos regulado, en desarrollo únicamente de lo dispuesto en en el art. 56,1 ET, no comprende el supuesto del art. 55,4 del mismo: que el fallo de instancia declare la nulidad del despido, subsanable, según ese precepto, por el propio empresario, en los 7 días inmediatos siguientes, al en que se le notifique tal declaración jurisdiccional, con lo que de actuar cumpliendo el mandato del núm. 1 de ese artículo su decisión extintora quedaría fuera de la nulidad y situada en otra alternativa.

2º En cuanto aquélla y la improcedencia reciben un tratamiento bien distinto en la ley, respecto a sus consecuencias inmediatas para las partes, no se da identidad de razón para que los resarcimientos que el ordenamiento ha singularizado en concreto para la segunda, de forma expresa y reiterada, se apliquen en el caso de la primera. No ha incidido, pues, la MT en la violación del art. 4,1 CC, que es la denuncia que contiene el motivo segundo.

3º En la aplicación que el TC y este TS viene haciendo del art. 14 CE, han precisado, con toda nitidez, una doctrina, que, por lo que atañe al caso que nos ocupa, puede resumirse así: el principio de igualdad, en cuanto derecho fundamental de la persona, impone tratamiento distinto a situaciones diferentes; ello es, prohibe dispensar un trato desigual, sin objetiva justificación, a quienes se hallen en la misma situación. SS 20, 21 y 29 mayo 1987 del TC y S 12 mar. 8 mayo 1987 de esta Sala, por citar algunas de las numerosas que contienen la doctrina expuesta.

No cabe, por consecuencia, aceptar la tesis que contiene el tercero y último de los motivos. Atribuye el fallo de instancia violación del ya citado art. 14. No hay tal, pues, como quedó razonado, el bloque normativo regulador del resarcimiento empresarial de los salarios abonados, de casarse por el TS la sentencia que declare el despido como improcedente, no es de aplicación cuando fue calificado nulo.

Quinto: Al no prosperar ninguno de lo motivos de casación que contiene el recurso, éste debe ser desestimado, sin otro pronunciamiento al no haber comparecido parte recurrida.

Por lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español pronunciamos el siguiente

Fallo: Desestimamos el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto a nombre de X, S.A. contra la S 18 ene. 1986 dictada por la MT Madrid núm. 19 en autos seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Administración del Estado sobre cantidad.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. Muñoz Campos.–Sr. Sánchez Morales de Castilla.–Sr. Martínez Emperador.**

Nota a la Sentencia de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, de 18 de Abril de 1988.(*)

Ponente: Sr. Sánchez-Morales de Castilla.

El Tribunal Supremo, en la presente sentencia, hace referencia a la importancia de la buena fe, como elemento fundamental en las relaciones laborales, y que se eleva, respecto del trabajador, a deber básico en el art. 5, a) del Estatuto de los Trabajadores. Este elemento esencial en el ámbito contractual laboral adquiere relevancia, cuando se trata, además, de relaciones laborales, basadas en la confianza, depositada por el empresario en sus trabajadores, como sucede en el supuesto enjuiciado en la sentencia.

Por otra parte, el Tribunal Supremo, interpreta la prescripción de las faltas laborales muy graves, en el sentido de determinar que, el cómputo del plazo de 60 días, previsto en el art. 60, nº 2 del Estatuto de los Trabajadores, empieza a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de la comisión de los hechos.

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto a nombre del Banco X, S.A., contra la sentencia dictada por la MT Madrid núm. 3, conociendo de la demanda interpuesta ante la misma por D. José Ramón contra dicha recurrente sobre despido. Siendo Ponente el Magistrado Sr. Sánchez-Morales de Castilla.

Fundamentos de Derecho

Primero: La sentencia de instancia, estimando la demanda origen del proceso, declaró improcedente el despido del actor, porque, aunque con matizaciones, apreció la certeza de las imputaciones que le fueron hechas en la carta de despido, resolvió que las faltas que pudieran constituir estaban prescritas y, en cualquier caso, no tenían la gravedad suficiente para merecer la máxima sanción laboral. Contra dicho pronunciamiento la empresa demandada articula en su recurso los once motivos de que se ha hecho mérito en los antecedentes de esta sentencia, para cuyo análisis han de ser agrupados en la forma que seguidamente se dirá.

Segundo: El primer motivo, aunque formalmente amparado en el art. 167,5 LPL, lo que hace es denunciar la infracción del art. 89 de la citada Ley procesal, advirtiendo omisiones fundamentales en el relato fáctico de la sentencia recurrida, lo que ha de llevar, según postula expresamente, a la redacción de un hecho probado nuevo en el que expresamente la MT de instancia se pronuncie sobre las carencias puestas de manifiesto. El motivo ha de caer, necesariamente, en primer lugar, con la contradicción que encierra en su propio planteamiento, pues el recurrente descarta la nulidad de actuaciones, que expresamente rechaza, y siendo así, mal se comprende cómo podría el Magistrado de instancia redactar ese nuevo hecho probado que se echa de menos en su resolución. Pero además, y sobre todo, porque, como con reiteración ha establecido la jurisprudencia de esta Sala, no es el camino elegido por el recurrente el adecuado para denunciar, sin más –y no con ánimo de integración con base en prueba documental obrante en autos–, la insuficiencia de hechos probados en la resolución que recurre, defecto que, en cualquier caso, sería la Sala quien tendría que apreciarlo –y en el caso de autos no lo aprecia– con la consecuencia obligada, en el supuesto afirmativo, de la nulidad de la sentencia que, por tanto, en el caso que se examina, no ha de producirse por esta causa.

Tercero: Los motivos segundo a sexto, ambos inclusive, con correcto amparo procesal, en este caso, en el art. 167,5 LPL, denuncian, todos ellos, error de hecho en la apreciación de las pruebas documentales obrantes en autos, con cita puntual, en cada caso, de los que la parte recurrente entiende que respaldan su propósito, que no es otro que el de eliminar las matizaciones introducidas por el Magistrado en el relato de hechos que contenía la carta de despido, al asumirlos como probados en el proceso, y, sobre todo,

dejar constancia de que, si bien los hechos fueron realizados por el inculpado antes de 23 nov. 1985, el conocimiento de los mismos por parte del Banco o sus consecuencias fueron muy posteriores. Y en este punto, partiendo de que la facultad de la valoración conjunta de toda la prueba practicada es el Juzgador de instancia a quien corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89,2 LPL, y que el error del mismo capaz de alterar la versión judicial de los hechos probados ha de resultar del documento invocado de una manera patente, directa, clara e inmediata, y no a través de conjeturas o deducciones más o menos lógicas o razonables, como ha establecido la jurisprudencia de esta Sala, en tan repetidas sentencias que su cita se hace innecesaria, el examen detenido de cada uno de los motivos lleva a la conclusión de que sólo el quinto ha de ser acogido, pues, efectivamente, aunque «todos los hechos a que hace referencia el núm. 4 de la carta de despido son anteriores a 23 nov. 1985», que es lo que, sin más, reza el hecho octavo de los declarados probados en la sentencia de instancia, el documento obrante al folio 330 de los autos pone de manifiesto que los expresados hechos quedaron ocultos a la empresa, lo cual su autor tuvo buen cuidado de que así ocurriera, aprovechando para realizarlos la ausencia del Interventor que debía desempeñar su cometido en su correcta formalización y no traduciendo su existencia en el mecanismo operacional de la Oficina, hasta que las irregularidades producidas fueron conocidas por el propio Interventor en 27 nov. 1985, por denuncia del propio cliente afectado, y comunicadas por carta de la misma fecha del Interventor al Jefe de Zona de la Entidad Bancaria; términos en los que, por tanto, debe ser adicionado el referido hecho octavo de los probados en la sentencia. En consecuencia, procede rechazar los motivos segundo, tercero, cuarto y sexto y estimar el quinto en los términos que se acaban de exponer.

Cuarto: Ya en el terreno de la censura jurídica, el motivo séptimo denuncia aplicación indebida del art. 60,2 ET. De lo dicho en el fundamento que precede se deduce fácilmente que el motivo tiene que prosperar en cuanto se refiere a los hechos cometidos por el hoy recurrido relatados en el núm. 4 de la carta de despido, declarados probados en el ordinal octavo del relato histórico de la sentencia de instancia y que, si bien cometidos antes de 23 nov. 1985, no fueron conocidos por la empresa hasta el 27 del mismo mes, por lo que, si el despido tuvo lugar el día 23 de ene. del año siguiente, es claro que no había transcurrido el plazo de 60 días que para la prescripción de las faltas muy graves establece el precepto mencionado, ya que éste claramente dispone que el cómputo empieza «a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión» (de los hechos); sin que valga aquí el argumento generalizador que utiliza el juzgador *a quo* de que la empresa podía conocer todas las operaciones, en cada una de sus fechas, dado el altísimo grado de automatización y capacidad técnica que posee, pues de poco sirven la tecnología y la automatización cuando el autor de una conducta irregular, precisamente por serlo, se preocupa de que los actos

en que se materializa no accedan a los aparatos, soportes y cualquier otro medio donde deberían haber quedado reflejados, tratando de asegurar, de esta manera, desde luego, el desconocimiento de los mismos por parte de sus superiores y, en definitiva, su impunidad.

Quinto: El motivo octavo denuncia violación por no aplicación del art. 54,2 d) ET, siendo la tesis mantenida que la conducta del hoy recurrido es subsumible en el supuesto que contempla el precepto mencionado, de donde ha de seguirse –sigue la tesis recurrente– que el despido debió ser calificado de procedente y no de improcedente, y al no proceder así la sentencia recurrida violó también, por no aplicación, el art. 55,3 inciso 1º (motivo noveno) y aplicó indebidamente el art. 56,1 (motivo décimo), siempre ET.

La buena fe es elemento integrador operante en todo el ámbito contractual –art. 1258 CC–, de significativa importancia en el campo del contrato de trabajo que, respecto del trabajador, se eleva expresamente a deber básico en el art. 5 a) ET y de especial consideración y más estricta exigencia en el contexto de determinadas relaciones laborales que están específicamente sustentadas en la confianza que el empresario deposita porque así ha de hacerlo en su empleado. No hay que esforzarse en demostrar que en este último grupo encaja la relación establecida entre un Banco y el Director de una de sus sucursales, porque así lo viene manteniendo con reiteración la jurisprudencia de esta Sala.

En el caso de autos, la conducta del hoy recurrido haciendo creer a un determinado cliente del Banco que le había sido concedido un crédito de 4.000.000 ptas., entregándole una carta ficticia de abono en cuenta de crédito por dicha cantidad, aprovechando la ausencia del Interventor, cuenta de crédito que no llegó a abrir, ni siquiera a proponer, no obstante lo cual entregó al cliente unos días después un talonario para disponer contra dicha cuenta, en realidad, inexistente, dando lugar a que dicho cliente, contando con la existencia del crédito, planeara operaciones que, en realidad, aparecían sin respaldo, en la forma que se relata, en la premisa fáctica de la sentencia, no cabe duda que es de una extraordinario gravedad, pues no se limitó a engañar al cliente, sino que presentó ante él una apariencia bancaria inexistente, valiéndose de la ausencia del Interventor, extendiendo documentos, en su calidad de Director de la Sucursal, que no respondían a la realidad, ya que no reflejó ni tramitó operación alguna en la forma que debía hacerlo; incurriendo en una doble ocultación fraudulenta: respecto del cliente, haciéndole creer, mediante la entrega de documentos que no reflejaban la realidad, que disponía de un crédito de 4.000.000 ptas., y , respecto del Banco, expidiendo documentos sin su consentimiento ni conocimiento, que pudieran ocasionarle, además del consiguiente desprestigio, descubierto el fraude, evidente perjuicio, puesto que pudo verse obligado a responder de la apariencia creada por uno de sus dependientes en el ejercicio de sus funciones, frente al cliente. Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que, efectivamente, el

hoy recurrido incurrió plenamente en la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo que contempla el art. 54,2 d) ET, pues con la conducta relatada y las graves circunstancias que concurrieron en ella puso en entredicho no sólo el buen nombre de la entidad a la que servía, sino que, llegaran o no a producirse, lo puso en peligro de sufrir graves perjuicios económicos, perjuicios que, en cualquier caso, no son requisito esencial para apreciar la extrema gravedad de la infracción contractual referida; cuya culpabilidad no ofrece la más mínima duda, pues la forma de producirse elimina el más mínimo atisbo de que pudiera ser debida a culpa o negligencia; lo que lleva, en definitiva, a la estimación de los motivos ahora examinados.

Sexto: La estimación de los motivos que ya lo han sido lleva a la estimación del recurso, de conformidad con el dictamente del MF, sin que sea necesario, por irrelevante, el examen del motivo decimoprimero y último, que por la vía del art. 167,5 LPL, combate el importe del salario que se fija en el relato fáctico de la sentencia postulando su modificación en el sentido que se indica; estimación del recurso que ha de traducirse en la casación de la sentencia recurrida, así como en la resolución en ésta de la cuestión debatida en la litis, por imperio de lo que dispone el art. 1715.3 LEC, que, de acuerdo con lo razonado, ha de ser en el sentido de declarar procedente el despido impuesto al actor, aquí recurrido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55,3 ET y con las consecuencias previstas en el núm. 5 del mismo artículo: y todo ello con los efectos a que se refiere el art. 175 LPL en cuanto a la consignación y depósito constituidos para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, pronunciamos el siguiente

Fallo: *Estimamos el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto* por Banco X, S.A., contra la S 21 jun. 1986 dictada por la MT Madrid, núm. 3, en autos sobre despido seguidos a instancia de D. José Ramón en virtud de demanda dirigida contra la nombrada empresa recurrente, sentencia que casamos y cuyos pronunciamientos anulamos. Devuélvase a la recurrente tanto la cantidad importe de la condena que consignó como el depósito que constituyó para recurrir. Desestimamos la demanda interpuesta por D. José Ramón contra el Banco X, S.A.; declaramos procedente el despido impuesto al nombrado actor y extinguido el contrado de trabajo que ligaba a ambas partes, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación; y, en consecuencia, absolvemos libremente a la nombrada demandada.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. Muñoz Campos.–Sr. Sánchez-Morales de Castilla.–Sr. Martínez Emperador.**

Nota a la Sentencia de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, de 6 de Mayo de 1988.(*)

Ponente: Sr. Reyes Monterreal.

El Tribunal Supremo diferencia en esta resolución judicial dos aspectos fundamentales: uno, viene dado por lo previsto en el art. 56,5 del Estatuto de los Trabajadores, que hace recaer sobre el Estado, los salarios de tramitación en despidos improcedentes, en el supuesto de que la resolución judicial, se prolongue por más de dos meses desde la presentación de la demanda de despido; el otro aspecto hace referencia a las cuotas de la Seguridad Social, determinandose que no cabe aplicar analógicamente el citado precepto, en este caso, de forma, que no corre a cargo del Estado las mencionadas cuotas en las mismas condiciones en que se le impone el pago de los salarios de tramitación.

Visto el recurso de apelación interpuesto por el Letrado del Estado contra la S 17 oct. 1986 dictada por la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo de la AT Barcelona en pleito sobre liquidación de cuotas de la S.S., siendo parte apelada H., S. A., Compañía de Seguros.

Antecedentes de hecho

Primero: La Dirección Provincial de Trabajo y S.S de Barcelona, por R 10 abr. 1985, aprobó el Acta de liquidación practicada a la Sociedad H, S.A. de Seguros, por la que se obligaba a esta Entidad al abono de determinada cantidad, siendo la anterior Resolución recurrida en alzada ante la DG del Régimen Jurídico de la S.S. y confirmada la misma el 31 oct. de igual año.

Segundo: Contra los anteriores Acuerdos, por H, S.A. de Seguros, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala 2.ª de la Jurisdicción de la AT Barcelona, formalizando la demanda con el suplico de que se anule y deje sin efecto la Resolución recurrida, contestando la demanda el Letrado del Estado que se opone a la estimación del recurso.

Tercero: El Tribunal dictó S 17 oct. 1986, cuyo fallo dice literalmente: «*Fallo:* En atención a todo lo expuesto, la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Excma. AT Barcelona, ha dedicido: 1.º Estimar el presente recurso y, en consecuencia, anular por no ser conforme a Derecho la DG Régimen Jurídico de la S.S. R 31 oct. 1985, por la que desestima el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Director Provincial de Trabajo y S.S. de Barcelona, confirmatoria del acta de liquidación 2679/84, en cuantía de 1.043.308 ptas., ordenando que practique una nueva liquidación de acuerdo con las bases expuestas en el precedente fundamento jurídico, con devolución de las cantidades indebidamente ingresadas en exceso. 2.º No efectuar atribución de costas.».

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

Cuarto: Contra la referida sentencia se dedujo recurso de apelación por parte del Letrado del Estado que fue admitido en ambos efectos y tramitado con arreglo a las prescripciones legales, señalándose el día 26 abr. 1988 para su votación y fallo, en cuya fecha tuvo lugar.

Vistos: El ET, aprobado por L 10/1980; el TR LGSS de 30 mayo 1974; la LPA de 17 jul. 1958; la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 dic. 1956, y demás preceptos de pertinente aplicación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. Reyes Monterreal, Magistrado de esta Sala.

Fundamentos de Derecho

Primero: La sentencia apelada, acogiendo la tesis de la Sociedad recurrente, resolvió en el sentido de aplicar analógicamente el caso, y al amparo del art. 4,1 CC, el art. 56,5 ET, con el efecto de que también corrieran a cargo del Estado las cuotas de la S.S. en las mismas condiciones en que se le impone el pago de los llamados salarios de tramitación, por entender que la misma razón existe para que los empresarios no deban pagar esas cuotas cuando se demora la resolución del juicio de despido.

Segundo: Ningún precepto puede aplicarse analógicamente cuando, precisamente, falta esa razón determinante de que el mismo se aplique por falta de norma expresa, y en el caso enjuiciado se trata de dos cuestiones que, aun afectando a una misma situación de despido laboral declarado improcedente, no pueden asimilarse por obedecer a muy diferenciadas circunstancias, como inequívocamente se deduce del contexto del precepto estatutario a que la sentencia se refiere, porque éste no supone más que hacer que recaiga sobre el Estado la carga salarial, que gravita sobre toda Empresa, en el supuesto de que la resolución laboral se prolongue por más de 2 meses desde la presentación de la demanda de despido, cuya obligación –como cualquiera otra que resulte establecida como sanción– no puede ser ampliada, ni siquiera por analogía, para incluir prestaciones que la agraven *sin estar expresamente previstas ni, por supuesto, queridas por la norma* creadora de la obligación, porque, según claramente resulta del número 5 del citado art. 56, lo que el Estado ha de satisfacer en tal supuesto es la estricta percepción salarial a la que se refiere el apartado b) núm. 1 de dicho artículo, es decir, exclusivamente «una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia de la jurisdicción competente o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación», naturalmente referida aquélla al período de tiempo que se inicia con el transcurso de los 2 meses desde que la demanda se interpone y concluye con la sentencia, salvo las excepciones previstas que se acaban de transcribir.

Tercero: El que el empresario tiene diferenciadas obligaciones surgidas

de la relación laboral, y el que, en determinado caso y por expresa disposición legal, el Estado haya de asumir alguna de aquéllas no implica que, correlativamente, haya éste de asumir la totalidad de las mismas, en concreto la de abonar las cuotas de la S.S. de sus empleados, obligación que, en otro orden de cosas, también niega la Empresa apelada por entender que legalmente surge desde que se da el alta del trabajador hasta que se participa su baja o cese en aquélla, lo que, con ser rigurosamente cierto, no supone la improcedencia que atribuye a la Resolución recurrida con base en que nada tenía que abonar puesto que la citada alta nunca se había producido, por la elemental razón de que, precisamente, el acta previa y la liquidación practicada y aprobada correspondía a la falta de afiliación del empleado, y una y otra razón que dejamos expuestas evidencia que es procedente la estimación del presente recurso y la consiguiente revocación de la sentencia apelada.

Cuarto: No se aprecian razones determinantes de una expresa condena en costas.

Fallamos: Declarando haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el representante procesal de la Administración del Estado, debemos revocar y revocamos la S 17 oct. 1986, dictada por la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo de la AT Barcelona, en los autos de que aquel dimana, y en consecuencia, mantenemos, por ser conforme a Derecho, la R 10 abr. 1985 del Director Provincial de Trabajo y S.S. de citada Capital, confirmada en alzada por la DG del Régimen Jurídico de la S.S. el 31 oct. 1985, aprobatoria de la liquidación practicada a la Entidad H, S.A., sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—**Sr. Jiménez Hernández.—Sr. Bruguera Manté.—Sr. Reyes Monterreal.**

Nota a la Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Central de Trabajo, de Fecha 12 de Febrero de 1988.(*)

Ponente: Sr. Iglesias Cabero.

La presente sentencia del Tribunal Central de Trabajo, hace referencia al supuesto legal, previsto en el art. 5º del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descanso, que establece... "que las horas no trabajadas por causa de fuerza mayor... podrán recuperarse a razón de una hora diaria, como máximo, en los días laborales siguientes...", entendiendo el citado Tribunal, que, para que dicho precepto sea aplicado, se requiere que se trate de verdaderos acontecimientos de fuerza mayor, lo cual no ocurre en el caso, objeto de la sentencia, toda vez que los trabajadores podían haber adoptado las preven-

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

ciones necesarias para acudir a la empresa, los días previstos de huelga en el transporte, empleando una razonable diligencia y adoptando las medidas ordinarias de precaución que hubiesen evitado la llegada con retraso al trabajo.

La Sala 5ª del TCT

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso especial de suplicación 14/88, interpuesto por la demandada frente a MT núm. 10 Valencia S 5 nov. 1987, y siendo recurridos los actores, ha sido Ponente el Magistrado Sr. Iglesias Cabero.

Antecedentes de hecho

Primero: Según consta en autos se presentó demanda por D. Manuel y otro, en reclamación por conflicto colectivo, siendo demandada F, S.A., celebrándose en su día el acto de la vista, y dictándose MT núm. 10 Valencia S 5 nov. 1987, cuyo fallo figura en el tercero de estos antecedentes.

Segundo: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes: 1.º a) Que la petición que contiene el escrito de los trabajadores tiene la naturaleza de conflicto colectivo en cuanto afecta a los intereses generales de los mismos en la factoría de A, solicitándose un principio único sin contemplar situaciones subjetivas e individualizadas. b) Que el conflicto colectivo afecta a 1309 trabajadores. c) Que la empresa tiene contratado un servicio de transporte de su personal de la factoría de A. con una empresa de transporte ajena a la organización de F, S.A., y responsable del servicio. d) Que con motivo de la huelga legal del sector de transporte de viajeros por carretera, la empresa contratada no pudo efectuar el traslado de los trabajadores de F, S.A., a sus puestos de trabajo durante los días 14, 25 y 26 feb., por lo que el personal se trasladó al trabajo empleando medios propios, llegando gran número de operarios tarde a sus respectivos puestos. e) Que la empresa procedió a deducir la parte del salario del tiempo no trabajado a los que llegaron tarde. f) Que la petición deducida en la demanda se refiere a que la empresa rectifique su postura y abone a los trabajadores la parte de salario que les fue deducida por el retraso en incorporarse al trabajo los días 24, 25 y 26 feb. del corriente año. g) Que la empresa notificó a los trabajadores la convocatoria de la huelga de transporte y la determinación de abonar, en efecto del transporte habitual, 8 ptas. por kilómetro a los empleados que utilizasen su propio vehículo desde el domicilio oficial a la factoría y regreso. h) Que se han cumplido las prescripciones legales.

Tercero: La sentencia de instancia contiene el siguiente fallo: «Que estimando la demanda formulada por D. Manuel y otro, Presidente y Secretario respectivamente del comité de empresa contra la empresa «F, S.A., debo declarar y declaro el derecho de los trabajadores que como consecuencia de la huelga de transportes de viajeros llegaron tarde a sus puestos de trabajo a que se les reintegre el importe de lo deducido del salario por dicha causa durante los días 24, 25 y 26 feb., si bien puede hacer uso la empresa de la norma establecida en el art. 5 RD 28 jul. 1983».

Cuarto: Contra dicha sentencia se interpuso recurso especial de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario.

Fundamentos de Derecho

Primero: Por el procedimiento de conflicto colectivo se ha tramitado la pretensión que deduce el comité de empresa frente a F, S.A., consistente en que se declare la improcedencia de aplicar deducciones del salario al personal que se incorporó con retraso al trabajo los días 24, 25 y 26 feb. 1987, a causa de la huelga del sector transporte en tales fechas y, concretamente, proceda la empresa a la devolución de las cantidades deducidas; ante ese planteamiento de la cuestión la empresa, tanto en la fase de instancia como ahora en el recurso de suplicación especial que deduce, sostiene que el trámite procesal elegido no es el adecuado al problema debatido, pues, a su modo de entender, es tema a discutir en proceso ordinario mediante reclamaciones individuales o plurales, pero la aplicación del art. 17,1 RDL 4 mar. 1977, sobre relaciones de trabajo, conduce a la solución contraria, porque no se trata de decidir aquí un derecho que afecte a los intereses particulares y diferenciados de cada trabajador, matizado por las circunstancias personales que en cada caso concurran, de manera que exijan pronunciamientos distintos y con diferente alcance; se debate la procedencia o improcedencia de una medida adoptada por el empresario que alcanza por igual a todos los trabajadores afectados por el conflicto, aunque las consecuencias prácticas del derecho que pudiera declararse hayan de individualizarse para cada supuesto, pero ése no es un tema que desnaturalice el conflicto colectivo cuando, como aquí sucede, alcanza a un grupo indiferenciado de trabajadores en lo concerniente a sus intereses generales, y por eso resulta adecuado el trámite previsto en los arts. 144 y ss. LPL para ventilarlo.

Segundo: Se cuestiona en este caso si el retraso de los trabajadores afectados en la incorporación al trabajo los días 24, 25 y 26 feb. 1987, debido a una huelga del sector del transporte de viajeros por carretera, que alcanzó asimismo a la empresa con que F, S.A., tiene contratado el servicio de transporte de dicho personal, faculta o no a la demandada a detraer del salario la parte correspondiente a esa porción de jornada no cumplida por

tal causa, oponiéndose a que así se haga por los promotores del conflicto en tesis que acepta el fallo de instancia, aunque autorizando a la empresa a hacer uso de la facultad prevista en el art. 5 RD 28 jul. 1983, y para llegar a esa determinación parte de la base de que el supuesto de hecho contemplado entraña una imposibilidad de cumplir la obligación que, por deberse a fuerza mayor, justifica ese incumplimiento. Contra el fallo estimatorio de la demanda formula el primer motivo del recurso la empresa, denunciando aplicación indebida del precepto citado anteriormente y del art. 1105 CC.

Tercero: Planteada en esos términos la controversia, la solución que en derecho reclama hace necesario precisar si concurre o no en este caso la fuerza mayor que imposibilite la prestación de servicios y que permita al empresario adoptar la medida previsto en el art. 5 RD 2001/1983 de 28 jul., y en tal sentido cabe resaltar que ni esa norma ni el ET en sus arts. 45,1 i); 47,1; 49,8 y 51,1, definen la fuerza mayor, lo que obliga a acudir a la regla del art. 1105 CC que, aun no describiendo tampoco la fuerza mayor, exime de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones cuando sea debido a sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables; con mayor precisión se refiere a ese acontecimiento el art. 76,5 LCT, que, por el juego de la disp. final 4ª ET, es de aplicación en tal caso, definiendo la fuerza mayor como causa extintiva de la relación laboral y que impida el trabajo, cuando sea debida a inundación, incendio, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto, sedición y en general cualquier acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que no se haya podido evitar.

De esa regla interpretativa y de la corriente doctrina de común aceptación, se deduce que la fuerza mayor requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que se trate de un acontecimiento imprevisible, entendido como imposibilidad circunstancial de prevenirlo; b) Que sea irresistible o inevitable, empleando la diligencia debida a las necesidades de precaución que racionalmente pudieran adoptarse; c) Que ese acontecimiento no sea provocado por la conducta del deudor; d) Que impida el cumplimiento, en todo o en parte, de la obligación y provenga de causa extraña a la relación obligacional misma, y e) Que se dé una relación de causa a efecto entre el acontecimiento que revista esas características y el cumplimiento de la obligación, total o parcial, temporal o definitivo.

Cuarto: La proyección de esa doctrina sobre el supuesto de hecho sometido a la consideración de la Sala desemboca en solución distinta a la adoptada por la sentencia combatida, en cuanto que el retraso en la incorporación al trabajo no puede decirse, a la vista de los hechos declarados probrados, que sea debida a un acontecimiento de fuerza mayor, en cuanto que era previsible la huelga en la empresa a quien la demandada tenía encomendado el transporte del personal hasta la factoría, y así se hizo saber a los trabajadores los días 20 y 23 feb. 1983, para que adoptasen las prevenciones necesarias para atender a su transporte hasta la fábrica los días previstos de

huelga, ofreciendo la empresa el abono de 8 ptas. por kilómetro desde el domicilio de cada trabajador y regreso, a fin de que emplearan otros medios de transporte que los contratados colectivamente, y que son abundantes y de frecuente recorrido, tanto en autobús como en ferrocarril, de suerte que ese acaecimiento no sólo era previsibile y fue previsto, sino que era además evitable empleando una razonable diligencia y adoptando las medidas ordinarias de precaución para impedir la llegada con retraso al trabajo, medidas que por otra parte no iban a suponer un gravamen económico para los trabajadores puesto que la empresa se ofreció para costearlas, y, finalmente, con la adopción de esa providencia se hubiera podido cumplir exactamente el débito laboral en toda su extensión, como lo hicieron los restantes trabajadores del centro de A no afectados por el conflicto; por eso se estima el recurso, se revoca la sentencia de instancia y se desestima íntegramente la demanda, pues al no concurrir el supuesto previsto en el art. 5 RD 2001/1983, puede la empresa deducir el salario correspondiente al tiempo no trabajado, en vez de optar por su abono y posterior recuperación, pues, en atención a cuanto se ha dicho, tampoco el art. 30 ET resulta de aplicación, en cuanto que ese parcial incumplimiento de la prestación no es achacable al empresario, sino a la falta de diligencia de los trabajadores que, por eso mismo, pierden la parte del salario correspondiente al tiempo no trabajado.

Fallamos: Que debemos estimar y estimamos el recurso especial de suplicación interpuesto por la parte demandada contra MT núm. 10 Valencia S 5 nov. 1987, seguido a instancia de D. Manuel, como Presidente Secretario, respectivamente, del comité de empresa de F, S.A., y en su consecuencia debemos revocar y revocamos dicha sentencia y desestimamos la demanda origen de este procedimiento.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. Martínez Emperador.–Sr. Iglesias Cabero.–Sr. Martínez Calcerrada.**

Nota a la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Central de Trabajo, de Fecha 8 de Marzo de 1988.(*)

Ponente: Sr. Sampedro del Corral.

La sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Central de Trabajo, de fecha 8 de Marzo de 1988, hace referencia a la falta de rendimiento del trabajador como justa causa de despido, toda vez, que tal falta de rendimiento laboral, aparece implicita en el contrato de trabajo, de forma que, su acreditamiento por el empresario da lugar al despido procedente, previsto en el art. 55, nº 3 del Estatuto de los trabajadores.

No obstante lo anterior, el Tribunal Central de Trabajo, entiende en esta sentencia, que cuando se despide procedentemente por incumplir la pro-

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

ductividad pactada, se tiene derecho a percibir prestaciones por desempleo, con las limitaciones que la propia resolución judicial señala, y en cumplimiento de los compromisos adquiridos por España, al ratificar el Convenio nº 44 de la O.I.T.

La Sala 4ª del TCT

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Francisco frente a la Sentencia de la MT núm. 1 Zaragoza, ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado Sr. Sampedro Corral.

Antecedentes de hecho

Primero: Que según consta en autos se presentó demanda por D. Francisco, en reclamación por desempleo, siendo demandado el INEM y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado S 15 dic. 1987 por MT núm. 1 Zaragoza, por la que se desestimó la demanda.

Segundo: Que en la citada Sentencia y como hechos probados se declaran: «1º) El actor D. Francisco, vecino de Zaragoza, desarrolló su actividad laboral desde el 1 ago. 1967 hasta el 19 dic. 1986 para la empresa «E., S.A.», con un salario de 1.058.143 ptas. anuales. 2º) En la indicada fecha, 19 dic. 1986, fue rescindido su contrato de trabajo, por no llegar sus ventas a las estipuladas en el mismo. 3º) Interpuesta la pertinente demanda sobre despido, correspondió por turno de reparto a la MT núm. 5, la cual, mediante S 13 feb. 1987, desestimó la demanda. 4º) Solicitada la prestación de desempleo a la Entidad Gestora, fue denegada al actor con base en los arts. 5,1 ap. c) y 6 L 31/1984 de 2 ago. 5º) Recurrida, igualmente, dicha Resolución fue igualmente desestimada por la entidad Gestora en base a los mismos argumentos, agotando la vía administrativa. 6º) Que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.»

Tercero: Que contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario.

Fundamentos de Derecho

Primero: El actor, trabajador en la empresa desde ago. 1967 a dic. 1986, ha visto rescindida su relación laboral por no alcanzar el porcentaje de ventas estipulado en el contrato de trabajo y su demanda en reclamación de despido ha sido desestimada. Igualmente ha sido rechazada por desempleo, con fundamento en que la citada rescisión contractual no viene listada como

situación legal de desempleo en el art. 6 L 41/1984 de 2 ago. Frente a tal resolución se interpone un único motivo de suplicación sobre examen del derecho aplicado –art. 152.1 LPL–, en el que se alega violación de los arts. 6,1 y 2 de la mencionada Ley de Protección por desempleo y los arts. 3 y 4 del CC.

Segundo: La cuestión litigiosa se centra en determinar, pues, si el cese en el trabajo operado en virtud del incumplimiento de una cláusula sobre productividad válidamente pactada, y que, en los términos del art. 49,2 ET produce la extinción de la relación laboral, constituye o no situación legal de desempleo en los términos legales. Como se ha dicho antes, el juzgador de instancia decide la disyuntiva por la solución negativa en razón: 1) que el repetido art. 6 define nítidamente cuáles son las situaciones legales de desempleo, y en ninguno de sus apartados incluye el postulado del art. 49,2; 2) que no existe parangón con el despido procedente, expiración del término convenido, realización de obra o servicio objeto del contrato, que vienen incluidos expresamente en aquel art. 6.

Tercero: La regla de oro, en materia de desempleo, se contiene en el art. 1 al regular la protección de «quienes pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo en los términos previstos en el art. 6», principio que reafirma el ap. 2 de esta norma al no considerar en situación legal de desempleo los cuatro supuestos que menciona –cese voluntario en el trabajo; no reclamación frente al despido; no reincorporación en caso de despido en la fecha fijada y no solicitud de reingreso de casos y plazos legales.

El acto, en principio, cubre tal requisito y prueba de ello es que frente a la recisión empresarial ejercita acción judicial en reclamación de despido. Partiendo de que el trabajador quiere trabajar y no puede, la cuestión es si una interpretación, realizada conforme el art. 3 del CC, permite integrar la causa del cese en alguno de los supuestos mencionados en el art. 6. Al efecto, el art. 54,1 ET preceptúa que el contrato de trabajo podrá extinguirse mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, y el apartado 2 considera incumplimientos contractuales, en su letra e), «la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado», lo que constituye sanción legal al incumplimiento del deber del trabajador de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo y contribuir a la mejora de la productividad –art. 5 a) y c) ET–. El hecho de que las partes estipulen un cierto nivel de productividad, cuya contratación faculta para la resolución del contrato, no significa «crear voluntariamente», una nueva causa de extinción de la relación contractual –lo que pudiera ser ilícito como contrario a las disposiciones legales según el art. 3 ET–, sino establecer un parámetro definidor de la productividad esperada del trabajador, que, caso, de no alcanzarse –siempre que sea racional y razonable–, faculta al empleador para extinguir el contrato de trabajo, eliminando así, objetivamente, la dificultad probatoria de fijar cuál sea el rendimiento exigible, para luego, en relación al mismo y en comparación

con la actividad de trabajadores de igual categoría y función, saber si ha existido disminución continuada y voluntaria del rendimiento. Para decirlo, *en una palabra y más simplemente, la falta de rendimiento de referencia* constituye una justa causa de despido, sea pactado o no pactado, pues debe considerarse «implícita» en toda relación laboral, y su acreditamiento por el empresario da lugar al despido procedente a que se refiere el art. 55,3 ET.

Cuarto: La L 31/1984 de 2 ago. introduce –como destaca su exposición de motivos– una novedad que «implica... la decidida voluntad de hacer efectivos, en la medida que lo permita nuestra realidad nacional, los compromisos adquiridos desde la ratificación del Convenio núm. 44 de la OIT...», y en este sentido se elimina del concepto de desempleo protegido la nota de «involuntariedad» cuando el despido sea declarado procedente, si bien con la suspensión del derecho a percibir prestación de desempleo durante 3 meses. *Como decíamos anteriormente, la extinción o rescisión de la relación* laboral por falta de rendimiento, constituye justa causa de despido que –al no prosperar la reclamación que frente al mismo interpuso el trabajador– ha de calificarse de procedente y constitutivo, por tanto, de la situación legal de desempleo, tipificada en el art. 6,1 c) que da lugar al nacimiento de derecho, en los términos del art. 7,3 L 31/1984.

Fallamos: Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Francisco contra MT núm. 1 Zaragoza, S 5 dic. 1987, a virtud de demanda deducida por el recurrente contra el INEM sobre desempleo, y en su consecuencia, debemos declarar y declaramos el derecho del actor a percibir la prestación de desempleo, transcurrido el plazo legal de 3 meses de espera, en las condiciones y cuantías reglamentarias, y condenar al INEM a estar y pasar por tal declaración y al pago de la citada prestación.

La presente Sentencia es firme.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. Martín Correa.–Sr. Varela de la Escalera.–Sr. Campedro Corral.**

Nota a la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Central de Trabajo, de Fecha 8 de Marzo de 1988.(*)

Ponente: Sr. Murillo Martín de los Santos.

La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Central de Trabajo, incide fundamentalmente en la interpretación del art. 209 de la Ley de Procedimiento Laboral, en lo relativo a los plazos que tiene el trabajador para instar la ejecución de sentencia en los supuestos de despidos declarados nulos por Magistratura de Trabajo, entendiendo el Tribunal Central, que dichos plazos son de caducidad, atendiendo al criterio sentado por una Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de Diciembre de 1986, dictada en interés de ley. Por ello, la pasividad del reclamante, en el supuesto de que dejase

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

transcurrir los plazos legales sin instar la ejecución, da lugar a que no se pueda pedir ni la readmisión, ni la indemnización sustitutoria.

La Sala 2ª del TCT

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 400/88 interpuesto por la empresa Compañía I, S.A., contra MT núm. 2 Burgos S 24 mayo 1985; ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado Sr. Martín de los Santos.

Antecedentes de hecho

Primero: En la MT de referencia tuvo entrada en su día demanda de Dña. Araceli en reclamación sobre cantidad, contra la empresa Compañía I., S.A. Admitida a trámite tal demanda y celebrado juicio se dictó S 24 mayo 1985, por la que desestimando la excepción de litispendencia opuesta por la empresa demandada y estimando la demanda se condena a dicha empresa demandada a que pague a la actora la suma de 217.584 ptas., por los conceptos que se relacionan en el ap. 3 de la versión judicial de los hechos.

Segundo: En dicha sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes: Primero: Que la actora, Dña. Araceli, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa Compañía I., S.A., dedicada a la limpieza de edificios y locales, con antigüedad del 6 ene. 1982, categoría profesional de limpiadora y salario de 27.188 ptas. mensuales. Segundo: Que con fecha 22 dic. 1982 la actora fue despedida, por lo que presentó demanda ante la MT impugnando el despido, incoándose los autos 74/83 en los que recayó MT núm. 1 Burgos, S 25 mar. 1983, por la se declaraba la nulidad del despido acordado por la empresa demandada Compañía., S.A., y la condenaba a readmitir a la trabajadora y a pagarle los salarios dejados de percibir. Tercero: Que notificada la citada sentencia, por parte de la empresa Compañía I., S.A., no se ha procedido a dar a la actora ocupación efectiva, ni a pagarle el salario, ascendiendo a 217.504 ptas. correspondientes a los meses de oct. 1983 a mar. 1984, paga extraordinaria de navidad 1983 y beneficios 1983. Cuarto: Que con fecha 27 jun. 1984 presentó demanda de conciliación ante el IMAC.

Tercero: Notificada dicha sentencia a las partes se anunció recurso de suplicación contra la misma por la parte demandada, recurso que posteriormente formalizó, siendo impugnado de contrario. Remitidos los autos a este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a Ponente, para su examen y resolución.

Fundamentos de Derecho

Primero: La empresa recurrente en el primer motivo de su recurso postula la revisión del ordinal tercero del relato fáctico de la sentencia recurrida, pidiendo que dicho ordinal quede redactado en los siguientes términos: «Notificada la citada S 25 mar. 1983, por la que se declaró nulo el despido, a la que se refiere el ordinal anterior, por parte del empresa Compañía I., S.A., no se comunicó por escrito a la trabajadora la fecha de su rencorporación al trabajo, no procediendo aquélla a su readmisión y no solicitando la trabajadora la ejecución de la sentencia en el plazo de 30 días». Pretensión modificativa a la que procede acceder por cuanto la nueva redacción propuesta se acomoda exactamente a la situación de hecho que se enjuicia sin introducir elementos que pueden prejuzgar el contenido del pronunciamiento decisorio, como hace el ordinal combatido con la redacción que ofrece.

Segundo: Las presentes actuaciones tienen su origen en demanda de la actora para que se le abonen los salarios correspondientes a los meses de oct. 1983 a mar. 1984, más la paga extra de Navidad de 1983 y la de Beneficios del mismo año, al no haber sido readmitida después de que por S 25 mar. 1983 ya firme, fue declarado nulo el despido de que había sido objeto. La sentencia aquí recurrida estima la pretensión de abono de los indicados salarios, no obstante no haber procedido la empresa a la readmisión de la trabajadora, después de la S 25 mar. 1983, que declaró nulo su despido, ni haber la demandante instado la ejecución de tal sentencia. Y dicho pronunciamiento estimatorio es combatido por la empresa recurrente denunciando en los motivos jurídicos de su recurso la infracción de los arts. 55 y 56 ET, en relación con los arts. 208 y ss. LPL, así como de la doctrina recogida en las sentencias que cita, y la infracción del art. 26,1 ET y doctrina jurisprudencial sentada por el TS S 27 ene. 1983, entre otras.

Tercero: La sentencia de instancia aquí recurrida establece, como fundamento de aquella decisión estimatoria de la pretensión, que la declaración de nulidad de un despido concede al trabajador y sólo a él la opción entre pedir la resolución del contrato con abono de indemnización o mantener la vigencia del contrato con abono de salarios por tiempo indefinido, sin que en ningún caso pueda imponérsele la resolución por voluntad del empresario. Tesis que no puede admitirse por cuanto una reiterada y concorde doctrina jurisprudencial –TC SS 27 mar. 1985, 29 jun. 1983 y A 17 feb. 1983; del TS SS 28 mar. y 4 nov. 1985, y de este TCT SS 24 oct., 18 sep. 1984 y 19 oct. 1983– han venido declarando que dada la constitucionalidad de los arts. 208 a 211 LPL el incumplimiento por parte de la empresa de la readmisión que para el despido declarado nulo establece el art. 55,4 ET no puede llevar a la forzosa readmisión, quedando sustituida aquella obligación de hacer por la indemnización prefijada –45 días por año de servicio–, que para identico supuesto –el de readmisión optativa del empresario y no cumplida o defectuosamente cumplida– establece el art. 208 LPL respecto al despido

declarado improcedente; quedando limitada la forzosa –readmisión *in natura*– a los supuestos de despidos nulos con nulidad radical.

Cuarto: La TS S 12 dic. 1986, dictada en interés de Ley, dice textualmente en su fundamento jurídico 4: «1) Cuando el art. 209 LPL faculta al trabajador para solicitar la ejecución del fallo ante la MT dentro del plazo de 20 días siguientes a la fecha señalada, para que tuviere lugar de readmisión, o de 30 cuando no se hubiera señalado fecha para reanudar la relación laboral, se está contemplando el ejercicio de una acción ejecutiva especial, regulada dentro del Libro IV LPL y concretamente el Tít. 1º dedicado a la Ejecución de Sentencias en el supuesto especial de despidos. 2) Por consiguiente, el no ejercicio por parte del trabajador de estos plazos tan breves y especiales, que, además, son de caducidad (aunque la solución sería análoga en el supuesto de prescripción), le hacen perder todos los efectos inherentes al derecho ejercitado como lo son el de la readmisión, o, en su caso, la correspondiente indemnización. 3) Resuelto este primer tema queda subsistente el problema de si pueden o no reclamarse complementariamente los salarios de tramitación correspondientes a los días transcurridos desde la fecha de notificación de la sentencia hasta el último día del plazo establecido en el citado art. 209, que ha de tener una solución negativa teniendo en cuenta las palabras terminantes y taxativas en que se expresa el legislador en el art. 209 y cc.» Y, como colofón, en el fundamento jurídico 5º de tal sentencia «se fija como doctrina legal procedente la de que en el caso de sentencias dictadas por MT en las que se declare el despido nulo o improcedente de un trabajador, si el empresario ha optado por la readmisión o ésta hubiera de tener lugar por Ministerio de la Ley, el plazo para instar el cumplimiento del fallo es el de 20 o 30 días prevista en el art. 209 LPL». Y sobre esta doctrina, si en el caso que aquí se contempla, tras la firmeza de la sentencia declarando nulo el despido, la empresa ni readmitió a la trabajadora, ni se señaló plazo para su reincorporación, y esta última tampoco instó a la ejecución de sentencia dentro del plazo fijado en el art. 209 LPL, resulta evidente que no puede prosperar la demanda origen de los presentes autos, en la que se reclaman salarios correspondientes a un período muy posterior a la fecha en que expiró el plazo del art. 209 LPL, pues siendo éste la caducidad, según la precitada sentencia en interés de Ley, la pasividad de la actora dejando transcurrir dicho plazo sin instar la ejecución de la sentencia, da lugar a que desde aquella expiración del plazo, no pueda la trabajadora pedir ni la reanudación de la relación (readmisión), ni la de indemnización sustitutoria, ni menos aún unos salarios como los aquí reclamados correspondientes a un período en que la relación entre partes había fenecido. Por todo lo cual, con estimación del recurso procede revocar la sentencia, para absolver de la demanda a la empresa recurrente, a la que le serán devueltos depósito y consignación, según previene el art. 163 LPL.

Quinto: Exigiendo el TC la justificación del cambio de criterio cuando éste se produzca en sucesivas sentencias que se dicten sobre supuestos sus-

tancialmente idénticos, habiendo esta Sala dictado S 7 feb. 1986, en la que se resolvía un supuesto idéntico al presente, y en la que se llegó a solución distinta, pues sin entrar en el fondo, se declaró la inadecuación del procedimiento, y se reservó a la actora sus derechos para hacerlos valer a través del procedimiento especial de ejecución de la sentencia que declaró nulo su despido, indicándosele que en éste podía reclamar los salarios correspondientes al período que va «desde el momento que inste la ejecución hasta a aquél en que se dicte el auto a que se refiere el art. 211 LPL», ello obedeció a que en tal sentencia se partió de que los plazos del art. 209 LPL no eran de caducidad, pues en la fecha de dicha anterior sentencia aún no había recaído al TS S 12 dic. 1986, en interés de Ley, que expresamente califica de caducidad los referidos plazos, por lo que aquí se da solución distinta entrando en el fondo, ya que dar la misma solución aquí que la dada en la S 7 feb. 1986, una vez conocida la doctrina del TS en interés de ley, sería crear expectativas ilusorias a la trabajadora.

Fallamos: Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Compañía I., S.A., contra MT núm. 1 Burgos, S 24 mayo 1985, a virtud de demanda contra ella formulada por Dña. Araceli, en reclamación sobre cantidad, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la demanda, absolviendo a la empresa recurrente; con devolución a dicha empresa demandada y recurrente del despido y consignación efectados para recurrir.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. De la Cueva Vázquez.–Sr. Murillo Martín de los Santos.–Sr. López-Fando Raynaud.**

Nota a la Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Central de Trabajo, de Fecha 11 de Mayo de 1988.(*)

Ponente: Sr. Iglesias Cabero.

La presente sentencia sienta la doctrina de que las fiestas laborales, que siempre son retribuídas y no recuperables, presuponen que en tales días no es obligado prestar servicios, constituyendo su disfrute la regla general, y tan sólo por razones técnicas y organizativas, es posible que no se disfrute del día festivo correspondiente, tal y como señala el art. 47 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, correspondiendo, en tal caso, a los trabajadores el derecho al descanso compensatorio o a la retribución de las horas trabajadas en festivo con el recargo que tal precepto establece. Es evidente, por tanto, que cuando se opta por la primera de esas alternativas, debe entenderse, que por cada día festivo trabajado se concede otro día laborable de descanso, de forma, que, no debe seguirse la tesis contraria, es decir, agregar a las vacaciones tantos días naturales como festivos trabajados, porque en tal caso, pudiera ocurrir, que terminando las vacaciones en víspera del

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

descanso semanal, se consumirían en un mismo día el de descanso y el de compensación por festivos.

Por ello, no se puede computar los dos días de descanso semanal para compensar los festivos trabajados.

JORNADA LABORAL/ Fiestas laborales no dominicales trabajadas.–Descanso compensatorio.–Compensación con días laborales adicionales a las vacaciones.–No se computan los dos de descanso semanal.

Las fiestas laborales, que siempre son retribuidas y no es preciso recuperarlas, presuponen que en tales días no es obligado prestar servicios, constituyendo su efectivo disfrute la regla general, y tan sólo excepcionalmente y por razones técnicas y organizativas es posible que no se disfrute del día festivo correspondiente (art. 47 RD 2001/1983 de 28 jul.) correspondiendo en tal supuesto a los trabajadores el derecho al descanso compensatorio o a la retribución de de las horas trabajadas en festivo con el recargo que el precepto establece cuando se opta por la primera de esas soluciones debe entenderse que por cada día festivo trabajado debe concederse otro día laborable de descanso, porque a esa conclusión lógica conduce una interpretación teleológica o finalista del precepto, ya que de conseguirse la tesis contraria, aplicada en los términos del art. 18 b) del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería, agregando a las vacaciones tantos días naturales como festivos trabajados, pudiera suceder que terminando las vacaciones en víspera del descanso semanal, se consumirían en un mismo día el de descanso y el de compensación por festivos; procede, por tanto, dar acogida a la pretensión del comité de empresa de manera que no se computarán los dos días de descanso semanal para compensar los festivos trabajados.

La Sala 5ª del TCT

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso especial de suplicación nº 164/88, interpuesto por D. José en nombre y representación del Comité de Empresa de «C., S.A.» frente a la MT núm. 1 Jerez de la Frontera S 11 feb. 1988, siendo recurrida la empresa «C., S.A.», ha sido designado Ponente el Ilmo. Sr. Iglesias Cabero.

Antecedentes de hecho

Primero: Que según consta en autos se presentó demandada por el Comité de Empresa de «C., S.A.» en reclamación por conflicto colectivo, sien-

do demandada «C., S.A.», y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado MT núm. 1 Jerez de la Frontera S 11 feb.

Segundo: Que en la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes: 1.º Que el art. 18 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería establece que los días festivos trabajados se compensarán con el abono de un recargo del 150%, junto a la mensualidad, o con su adición a las vacacionales anuales, agregando tantos días como festivos no descansados y abonando esos días el plus de transporte. 2.º Que la empresa demandada viene entendiendo el citado artículo de forma que, cuando se opta por la segunda solución, concede, adiciona al final de las vacaciones anuales, tantos días de descanso como festivos se han trabajado en el año. 3.º Que consecuencia de esa interpretación es que, como los días añadidos tienen la consideración de vacaciones, la empresa añade, o computa, días naturales y no descuenta los no laborales, motivo por el que en compensación por el trabajo en día festivo se dan días de descanso que coinciden con sábados y domingos, esto es, con días de la semana en los que no se trabaja, ya que, por ejemplo, si se trabajan los catorce festivos del año la empresa concede otros catorce días de vacaciones anual, por lo que necesariamente dos caen en sábado y dos en domingo. Tal vez para compensar ello, la demandada viene concediendo, desde hace años, otros dos días de descanso compensatorio, de forma que siempre añade a las vacaciones anuales dos días de vacación para compensar el trabajo en festivos. 4.º Que, desde hace años, los sucesivos proyectos de convenios colectivos provinciales de hostelería presentados por la parte social, han incluido la cláusula de que en el supuesto de que las fiestas no recuperables se disfrutasen de forma continuada la empresa respetaría el descanso semanal acumulándolo al número de fiestas. Esta claúsula no se ha llegado a incluir en ningún convenio. 5.º Que a los efectos oportunos se dan aquí por reproducidos los artículos 20 y 21 del Convenio, que establecen una jornada semanal de cuarenta horas y un descanso semanal ininterrumpido de día y medio. Es de señalar que en la empresa demandada se trabajan cinco días a la semana, durante ocho horas cada día.

Tercero: Que contra dicha sentencia se interpuso recurso especial de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario.

Fundamentos de Derecho

Primero: Estableciendo el art. 18, b) del Convenio Colectivo Provincial de Cádiz de Hostelería, que las fiestas incluidas en el calendario laboral en las que el trabajador preste servicios, podrán compensarse adicionando a las vacaciones anuales, «agregando tantos días como festivos no descansados, y abonándoles en tales días el plus de transporte», el comité de empresa promueve conflicto colectivo para solicitar que se declare el derecho de los trabajadores afectados a ser compensados por cada día festivo no dominical

trabajado, cuando no se compense económicamente conforme al convenio, con los correspondientes días laborales, adicionales a las vacaciones, sin que a tales efectos se computen los dos de descanso semanal que se disfrutan por razón del trabajo en cinco días y contra la sentencia que rechaza esa pretensión deduce la parte actora el recurso especial de suplicación que se analiza.

Segundo: Las fiestas laborales, que siempre son retribuidas y no es preciso recuperarlas, presuponen que en tales días no es obligado prestar servicios, constituyendo su efectivo disfrute la regla general, y tan sólo excepcionalmente y por razones técnicas y organizativas es posible que no se disfrute del día festivo correspondiente, como previene el art. 47 del RD 2001/1983 de 28 jul., correspondiendo en tal supuesto a los trabajadores el derecho a descanso compensatorio o a la retribución de las horas trabajadas en festivo con el recargo que el precepto establece; cuando se opta por la primera de esas soluciones debe entenderse que por cada día festivo trabajado debe concederse otro día laborable de descanso, porque a esa conclusión lógica conduce una interpretación lógica o finalista del precepto, ya que de seguirse la tesis contraria, aplicada en los términos del art. 18 b) del Convenio, agregando a las vacaciones tantos días naturales como festivos trabajados, pudiera suceder que terminando las vacaciones en víspera del descanso semanal, se consumirán en un mismo día el de descanso y el de compensación por festivos. La solución propuesta por el recurrente es razonable si se tiene en cuenta que, tanto en el ámbito de la jornada anual pactada como en la semanal, se logra la realización del número de horas correspondientes a la jornada ordinaria, dado que el trabajo realizado en un día festivo redime al trabajador de prestar servicios en otro día laborable; por eso se revoca la sentencia para dar acogida a la pretensión del comité de empresa; en los términos en que viene formulada, por realizarse la jornada semanal en cinco días, de manera que no se computarán los dos de descanso semanal para compensar los festivos trabajados.

Fallamos: Que debemos estimar y estimamos el recurso especial de suplicación formulado por la parte demandante contra la MT. núm. 1 Jerez de la Frontera S 11 feb. 1988, en autos seguidos a instancia del Comité de Empresa de «C., S.A.», sobre conflicto colectivo y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida y declara el derecho a los trabajadores afectados por el conflicto a ser compensados por cada día festivo no dominical trabajado, cuando no lo sea económicamente, con los correspondientes días laborables adicionales a las vacaciones, sin que a tales efectos se computen los dos de descanso semanal.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. Nombela Nombela.–Sr. Iglesias Cabero.–Sr. Zorrilla Ruíz.**

Nota a la Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Central de Trabajo, de Fecha 8 de Junio de 1988.(*)
Ponente: Sr. Nombela Nombela.

La presente sentencia del Tribunal Central de Trabajo, sienta la doctrina, consistente en que, las vacaciones anuales, tanto en su duración, como en su retribución, no resultan afectadas por la huelga legal, ya que la suspensión del contrato de trabajo, por tal causa, no produce otros efectos que los expresamente fijados en el art. 6 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de Marzo (sobre relaciones de trabajo), entre los que no se encuentra la reducción del periodo de vacaciones en parte proporcional a días no trabajados a causa de huelga legal.

Este criterio del Tribunal Central de Trabajo, no es, sin embargo, aplicable al descanso semanal y festivos, si los hay, ya que, en tal caso, la falta de actividad laboral, durante todos o algunos de los días laborales de la semana, lleva consigo la pérdida del jornal correspondiente a ese descanso y festivo, lo que se desprende de los dispuesto en el art. 44,2 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio (regulación de jornadas, horas extraordinarias y descansos), cuando establece que la ausencia no justificada de horas de trabajo, implica la pérdida proporcional de la retribución correspondiente al descanso semanal. Y ello es así, porque la huelga, suspende los efectos del contrato de trabajo, y, entre ellos, el abono de salarios (art. 6,2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, antes citado).

La Sala 5ª del TCT

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso especial de suplicación 272/1988 interpuesto por la parte demandada contra la MT núm. 9 Barcelona S 9 feb. 1988, siendo recurrida la parte demandante, ha sido Ponente el Magistrado Sr. Nombela Nombela.

Antecedentes de hecho

Primero: Que según consta en autos se presentó demanda por D. Josep y otros, miembros del Comité de Empresa de T, S.A., en reclamación de conflicto colectivo, siendo demandada la citada empresa y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado MT núm. 9 Barcelona S 9 feb. 1988, cuyo fallo figura en el tercero de estos antecedentes.

Segundo: Que en la sentencia de instancia y como hechos probados se

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

declararon los siguientes: 1.º El Departamento de Trabajo de la Generalitat de Catalunya envió a esta MT conflicto colectivo instado por D. Josep y otros en su calidad de miembros de comité de empresa contra T, S.A. 2.º El Departamento de trabajo tramitó el preceptivo expediente celebrándose conciliación sin avenencia ante el CMAC y la autoridad laboral, por lo que emitió el preceptivo informe, cuyo contenido obra en autos. 3.º El 17 de mayo 1987 los trabajadores realizaron una huelga, siéndole descontada a los trabajadores junto a sus haberes la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias y descansos semanales. 4.º Según convenio, antes del 15 abr. de cada año la empresa debe fijar el período de vacaciones, cosa que no ha hecho, si bien en autos se allanó a la pretensión de los actores.

Tercero: Que la sentencia de instancia contiene el siguiente fallo: «Que debo resolver y resuelvo el conflicto planteado por D. Josep y otros en su condición de miembros del Comité de Empresa, en el sentido de condenar a la demandada T, S.A., a los siguientes pronunciamientos: A) No puede incluir en el concepto de salario descontado durante la huelga la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias y descansos semanales. B) La empresa debe publicar el cuadro de vacaciones antes del 15 de abril de cada año».

Cuarto: Que contra dicha sentencia se presentó recurso especial de suplicación por la parte demandada, que fue impugnado.

Fundamentos de Derecho

Unico: El recurso interpuesto por la representación elgal de T, S.A., advierte que su objeto no es otro que rebatir el primero de los pronunciamientos de la sentencia de instancia –que es el de que no puede incluirse en el concepto de salario descontado durante la huelga la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias y descansos semanales–, por no ser conforme a derecho e infrigir el art. 6 D 2380/1973 de ordenación del salario, art. 42,3 Convenio Colectivo de la empresa sobre cómputo diario de jornada para abono de salarios, que es de 7 h. 8 min., referido a semana de 5 días laborables y 2 de descanso, art. 45,1 ET y RDL 17/1977 de 4 mar. El tema suscitado, incidencia de la huelga legal sobre retribución de vacaciones, descansos semanales y fiestas y sobre pagas extraordinarias, ha sido reiteradamente resuelto por esta Sala en SS 5 nov. 1984, 18 mar. 1985, 29 mayo 1987 y 29 feb. y 28 mar. 1988 –anteriores y posteriores a la del 29 sep. 1986, citada en escrito de impugnación, que constituye excepción frente al conjunto citado–, declarando que las vacaciones anuales, tanto en su duración como en su retribución, no se ven afectadas por la huelga legal, dado que la suspensión del contrato de trabajo por tal causa no puede producir otros efectos que los específicamente reseñados en el art. 6 RDL 4 mar. 1977, entre los que no está la reducción del período de vacaciones en la parte proporcional correspondiente a días no trabajados por consecuencia de huel-

ga legal. Esta solución no es, sin embargo, aplicable al descanso semanal y festivos, si los hay, por la falta de prestación de actividad laboral durante todos o algunos de los días laborales de la semana en los que se va generando el derecho a la retribución del descanso semanal, lo que lleva aparejada la pérdida del jornal que corresponde a ese descanso y festivo, deduciéndose así del art. 44,2 RD 2001/1983 de 28 jul., al disponer que la ausencia no justificada de horas de trabajo implica la pérdida proporcional de la retribución correspondiente al descanso semanal, por lo que carece de base de pretensión, pues la huelga suspende los efectos del contrato de trabajo y, entre ellos, el abonar salarios, conforme al art. 45,2 ET y art. 6,2 RDL 4 mar. 1977, permaneciendo esos efectos en todos los días en que los trabajadores, haciendo uso del derecho constitucional a huelga, se abstienen voluntariamente de trabajar. Lo mismo cabe decir de pagas extraordinarias en razón al último precepto citado, pues se trata de complemento salarial que se devenga y percibe en proporción al tiempo trabajado. Procede, por tanto, estimar el recurso, y con revocación parcial de la sentencia de instancia en cuanto a su primer pronunciamiento, declarar que los días de huelga legal no deben tener incidencia alguna ni en la duración ni en la retribución de las vacaciones anuales e implican pérdida proporcional de la retribución correspondiente al descanso semanal y festivos, si los hubiese, así como a pagas extraordinarias.

Fallamos: Que debemos estimar y estimamos el recurso especial de suplicación formulado por la parte demandada contra la MT núm. 9 Barcelona S 9 feb. 1988, en autos seguidos a instancia de D. Josep y otros, como miembros del Comité de Empresa de T, S.A., contra la misma, sobre conflicto colectivo y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia de instancia, en cuanto a su primer pronunciamiento, declarando que los días de huelga legal no deben tener inicidencia alguna ni en la duración ni en la retribución de las vacaciones anuales e implican pérdida proporcional de la retribución correspondiente al descanso semanal y festivos, si los hubiere, así como a pagas extraordinarias.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. Nombela Nombela.–Sr. Iglesias Cabero.–Sr. Martínez Calcerrada.**

Nota a la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Central de Trabajo, de Fecha *14 de Junio de 1988*.(*)

Ponente: Sr. Pereda Amann.

La presente sentencia del Tribunal Central de Trabajo, sienta la doctrina, consistente en que el personal de alta dirección ligado a la empresa por una relación laboral de carácter especial, no esté obligado a cotizar al Fondo de Garantía Salarial, ni tiene derecho, por tanto, a percibir las prestaciones

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

correspondientes a costa de dicho organismo, en base a lo establecido en el R.D. 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, que expresamente dispone: "que por los trabajadores vinculados por una relación laboral de carácter especial, caso del personal de alta dirección, sólo habrá obligación de cotizar cuando así lo dispongan las normas reguladoras de aquella", y en este caso, en el R.D. 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, no se dispone obligación alguna de cotizar al Fondo de Garantía Salarial.

La TCT 2ª

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso especial de Suplicación 442/88 interpuesto por el FGS, frente a la MT núm. 1. Zaragoza S 23 dic. 1987, y siendo recurrido D. Miguel, ha actuado como Presidente el Ilmo. Sr. Pereda Amann.

Antecedentes de hecho

Primero: Que según consta en autos, se presentó demanda por D. Miguel, en reclamación de cantidad, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado MT núm. 1 Zaragoza S 3 jul. 1987, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia.

Segundo: Que contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario, y recibidos los autos en este TCT. se dictó S 1 dic. 1987, declarando la competencia de jurisdicción y anulando la anterior sentencia, devolviéndose los autos a la MT de origen para que dictase otra nueva, entrando en el fondo del asunto, evacuando S 23 dic. 1987, estimando la demanda y condenado al Organismo demandado al abono de las cantidades que en su parte dispositiva se especifican.

Tercero: Que en dicha Sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes: «1.°) El actor, D. Miguel, mayor de edad, vecino de Zaragoza, fue socio fundador de la empresa T., S.A., que data de mar. 1977, habiendo sido Gerente y Director de la misma empresa. 2.°) Que dicha empresa produjo una carta de despido del hoy actor en ene. 1984, despido que aquél impugnó en MT núm. 5 Zaragoza, que en S 28 mar. 1984 declaró el despido nulo con sus efectos legales. 3.°) Instado incidente de no readmisión, se sucedió MT A 23 mayo 1984, por el que se declaró extinguida la relación laboral en ese momento, condenando a la empresa al abono de una

indemnización de 1.243.926 ptas. amén de los salarios dejados de percibir. 4.°) Partiendo de la responsabilidad subsidiaria que pesaba sobre el FGS, el actor presentó con fecha 2 oct. 1984 solicitud ante el precitado FGS, para que fueran abonados los importes expresados. 5.°) Seguido el oportuno trámite de ejecución del anterior fallo judicial se logró con fecha 12 sep. 1984 en ejecución 372/84, de la predicha MT, auto por el que se declaraba insolvente a la empresa principal, por la cantidad de 1.879.666 ptas. correspondiendo el resto a salarios de tramitación devengados. 6.°) Con fecha 10 abr. 1984, y en expte. núm. 2550/84, el FGS dictó Resolución por la que reconoció a la parte que representó una indemnización de 400.089 ptas. así como unos salarios de tramitación de 277.920 ptas., cantidades éstas que resultaban de la adecuación de las cantidades reclamadas a los límites de la garantía de 120 salarios de tramitación y al duplo del salario mínimo interprofesional sobre el módulo de 2.316 ptas. por día, a multiplicar por la antigüedad que ostentaba el accionante. 7.°) Que habiendo recurrido ante el TS el FGS aquella Sentencia de la MT núm. 5, nuevamente el actor, pendiente el recurso que en fecha 22 abr. 1986 declaró el despido nulo, siguiéndose nueva ejecución al FGS en 23 ene. 1987 desestimada por éste en 30 abr. 1987, por haber sido socio fundador y Gerente de la empresa y haber agotado el límite de garantía en abono anterior, agotando la vía administrativa. 8.°) Que en estos autos reclama el actor 43.000 ptas de solución contractual a tenor de los límites de garantía del FGS que alega no ha observado, tal como alega el hecho 8.° de la demanda que se da por reproducido. 9.°) Que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales. 10) Que formulada por el demandante la reclamación a que se refiere el núm. 8.° precedente, esta MT dictó S jul. 1987 acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción invocada por el FGS, y recurrida al TCE, en S 1 dic. 1987, ha estimado el recurso del actor y con aceptación de la competencia, ordénese dicte resolución sobre el fondo del asunto. 11) Que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales».

Cuarto: Que contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario, y recibidos los autos en este Tribunal, se pasaron a Ponente para estudio y dictado de la resolución que procediera.

Fundamentos de Derecho

Primero: Contra la sentencia de instancia que estimó la demanda promovida contra el FGS, en reclamación de indemnizaciones derivadas en una extinción contractual y ulterior declaración de insolvencia de la empresa, dicho Organismo interpuso Recurso de Suplicación y formula el primer motivo, al amparo del art. 152,2 LPL, en revisión de los hechos declarados probados en aquella resolución y, en particular, del ordinal séptimo, cuya

nueva redacción se propone; pretensión revisoria que debe prosperar, por así desprenderse no sólo como hecho conforme del séptimo de la propia demanda, sino también de los documentos que se citan, por lo que el ordinal combatido debe quedar redactado según se propone, debiéndose resaltar que la relación que ligaba a las partes se extingue por A 24 jun. 1986 y el ulterior Auto de insolvencia de la empresa se dictó el 25 oct. 1986.

Segundo: En el ámbito del derecho y bajo correcto amparo procesal se alega la aplicación indebida o inaplicación de los arts. 2,1 a) y 33 ET, en relación con los arts. 11 y 13 RD 505/85 de 6 mar. y 1,2 y 15,1 RD 1382/1985, de 1 ago.

Pero partiendo de la premisa establecida en los hechos probados, de que la relación que ligaba a las partes se extinguió por A 24 jun. 1986 y que el Auto de Insolvencia –hecho causante según ha establecido el TS S 21 mar. 1988 en interés de Ley– se dictó el 25 oct. 1986, y de que el actor fue socio fundador de la empresa que lleva su nombre y Gerente y Director de la misma, es evidente que la relación que existió entre él y la empresa, abstracción hecha de su posible condición de alto cargo –art. 1,3 c) ET– era la de personal de alta dirección, relación laboral de carácter especial que regula el art. 2,1 b) del mismo Texto y desarrollan los arts. 1,2 y ss. RD 1382/1985 del 1 ago., cuyo art. 11 determina como ya estableció la doctrina de esta Sala, entre otras, en SS 26 oct. 1987 y 7 jun. 1988, que el personal de alta dirección ligado a la empresa por una relación laboral de carácter especial, no está obligado a cotizar al FGS ni tiene derecho por lo tanto a percibir las prestaciones correspondientes a costa de dicho Organismo, pues se ha de tener en cuenta que el RD 505/1985, de 6 mar. que desarrolla el art. 33 ET, redactado por L 32/1984 de 2 ago., en el citado art. 11 establece no sólo quienes están obligados a cotizar, sino también aquellos por los que se ha de cotizar, y así en su ap. 2.º expresa que por los trabajadores vinculados por una relación laboral de carácter especial, caso del personal de alta dirección, sólo habrá obligación de cotizar cuando así lo dispongan las normas reguladoras de aquélla. Y en este caso, en el RD 1382/1985 antes mencionado no se establece obligación alguna de cotizar al FGS y, en particular, en su art. 15 se remite en cuando a las garantías salariales a los art. 27,2; 29 y 32 ET, pero no al art. 33 que es precisamente el que regula el FGS, sin que en ningún caso quepa extender lo prevenido en el art. 61,2 a) LGSS en relación con el art. 67 de la misma Ley, a prestaciones de distinta naturaleza como son las ahora reclamadas. Por consiguiente, al no existir obligación legal por parte del FGS, al pago de las cantidades que se reclaman, procede extimar el recurso, revocar la Sentencia de instancia y absolver el repetido FGS de lo pedido.

Fallamos: Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el FGS, contra MT núm. 1 Zaragoza S 23 dic. 1987, a virtud de demanda contra él deducida por D. Miguel, en reclamación de cantidad y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos la Sentencia recurrida

en el sentido de absolver al Organismo demandado de las pretensiones en su contra deducidas.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. de la Cueva Vázquez.–Sr. Pereda Amann.–Sr. Rodríguez Estevan.**

Nota a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Central de Trabajo, de Fecha 5 de Julio de 1988.(*)
Ponente: Sr. Pablo Burgos de Andrés.

La presente sentencia del Tribunal Central de Trabajo, incide, fundamentalmente, en la valoración de la correcta aplicación, en el presente caso, del art. 19, párrafo 2º del Real Decreto 2205/80, de 13 de Junio, por el que se regula la relación del personal civil no funcionario del Ministerio de Defensa, cuando establece "que el Jefe del Establecimiento, por conveniencia del servicio, podrá acordar el cambio de puesto de trabajo de cualquier trabajador a otro del mismo grupo y categoría", concediéndose, en consecuencia, una facultad a la Jefatura de un Centro Militar –en este caso hospitalario– que, como señala la resolución judicial del Tribunal Central, se presume ejercitada conforme al fin para el que ha sido concedida, en aras de la seguridad jurídica.

La Sala 1ª del TCT

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso de suplicación nº 1485/86 interpuesto por MARIA DEL CARMEN DIAZ-PORTALES Y DEL HIERRO, frente a la sentencia de Magistratura de Trabajo nº 17 de Madrid, de fecha 3 de Febrero de 1986, y siendo recurrido el HOSPITAL MILITAR GOMEZ ULLA –MINISTERIO DE DEFENSA–. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Burgos de Andrés.

Antecedentes de hecho

Primero: Con fecha 29 de Junio de 1984 tuvo entrada en la Magistratura de Trabajo de referencia, demanda sobre traslado puesto de trabajo y abono guardias, suscrita por la actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida a trámite la

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 3 de febrero de 1986 por la que se declaró lo consignado en su parte dispositiva.

Segundo: En dicha sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes: "Primero: Que la actora presta sus servicios en el Hospital Militar Gomez Ulla desde el 1-julio-1975 con la categoria de analista de 2ª y salario mensual de 73.850 ptas. Segundo: Que prestaba sus servicios en el laboratorio de Anatomia Patologica, y por escrito el 11-2-84 fue trasladada al servicio de Urgencias del Laboratorio de Analisis. Tercero: Que no se le ha modificado su salario, ni su jornada de trabajo, ni su turno, ni su horario. Cuarto: Que se ha agotado la via previa".

Tercero: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

Fundamentos de Derecho

Primero: Que a través del art. 152,3 de la Ley de Procedimiento Laboral, se plantea el primer motivo del recurso interpuesto por la parte demandante, que no puede alcanzar éxito, puesto que este Tribunal tiene declarado reiteradamente, ya desde su sentencia de 13 de junio de 1976, que el hecho de no haberse dictado la sentencia en plazo, no constituye infracción esencial de procedimiento, máxime cuando el retraso, como en el escrito de formalización de recurso se reconoce, se debe a la acumulación de asuntos y aunque ello no se haga constar expresamente en los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada.

Segundo: Que también deben caer los motivos segundo y tercero que se interponen por las siguientes razones: a) El segundo, con cita al igual que el siguiente del art. 152'2 de la Ley de Procedimiento dicha porque, según tiene declarado en múltiples ocasiones la Sala, no tiene valor revisorio el acta de juicio, ni la prueba testifical o de confesión que en ella se practique y sí sólo, como el anterior precepto citado dispone, la documental o pericial unida a los autos y que, por si misma, de modo evidente y sin necesidad de razonamientos o conjeturas, avalen la redacción de hechos que se pretende incorporar a la sentencia recurrida y b) Por lo que al tercer motivo atañe, debe sufrir igual adversa suerte que las anteriores, porque no se apoya en documento o pericia concretas citados en la forma dicha anteriormente y si para ello se considera, además, que no sean de recibo citas globales del conjunto de la prueba practicada, ni la falta de la misma, para apoyar así la reforma de hecho que se pretenda introducir.

Tercero: Que firme el relato histórico de instancia en el que consta que no se ha modificado salario, jornada, turno ni horario y que sólo ha existido traslado de un analista de 2ª desde el laboratorio de Anatomia Patológica al laboratorio de Análisis del Servicio de Urgencias, no puede resultar inapli-

cado, por el trámite del art. 152,1 de la aludida Ley de Procedimiento, el art. 44 del Real Decreto 2.205/80, de 13 de Junio, sobre personal civil al servicio de Fábricas y Establecimientos Militares, cuando su art. 19,2 *establece que "el jefe del Establecimiento, por conveniencia del servicio, podrá acordar el cambio de puesto de trabajo de cualquier trabajador a otro del mismo grupo y categoría", facultad* que, en aras de la seguridad jurídica, se presume ejercitada conforme al *fin para el que ha sido concedida* y lo que implica que, quién afirme lo contrario, debe probar lo que alegue, lo que no consta en los autos, con la consecuencia necesaria de la desestimación de la tesis del recurso y que en la demanda se contiene.

Fallamos: Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por MARIA DEL CARMEN DIAZ-PORTALES Y DEL HIERRO, contra sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo número diecisiete de Madrid, de fecha tres de Febrero de mil novecientos ochenta y seis, a virtud de demanda por la misma formulada contra el HOSPITAL MILITAR CENTRAL "GOMEZ ULLA" -MINISTERIO DE DEFENSA-, en reclamación sobre traslado puesto de trabajo y abono guardias, debemos confirmar y confirmamos en todos sus extremos la sentencia recurrida.

Devuélvase los autos originales a la Magistratura de Trabajo de procedencia, con testimonio de la presente; notifíquese a la Fiscalia del Tribunal Supremo, y líbrese, para su unión al rollo de su razón, testimonio de esta resolución; incorporándose su original al correspondiente libro de sentencias.

Así por ésta nuestra sentencia, que es firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Nota a la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Central de Trabajo, de Fecha 19 de Julio de 1988.(*)

Ponente: Sr. De la Cueva Vázquez.

El Tribunal Central de Trabajo, establece en esta sentencia, la doctrina consistente, en que la notificación por escrito del despido a un trabajador, constituye un acto de comunicación que no se rellena de contenido, sino cuando efectivamente tiene lugar el conocimiento, es decir, hasta que el destinatario adquiere noticia efectiva y completa de lo así notificado, siendo indiferente el medio empleado para hacer llegar esta notificación, asumiéndose el riesgo de la tardanza con que la notificación llegue al notificado.

En el presente caso, al existir una carta de despido, que, si bien tardó en llegar a conocimiento del trabajador, alcanzó su destino, se califica por el Tribunal Central de Trabajo, el despido como improcedente y no nulo, en base a la prescripción de la acción disciplinaria ejercitada.

(*) El texto de la sentencia, se reproduce a continuación.

La Sala 2ª del TCT

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 1228/88 interpuesto por D. Joaquín, contra MT núm. 1 Jaén S 19 ene. 1988, ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado Sr. De la Cueva Vázquez.

Fundamentos de Derecho

Primero: El art. 152,2 LPL ampara la revisión de los hechos probados instados por la empresa demandada recurrente, con la pretensión de que se recoja que el actor tuvo el día 8 sep. 1987 sobre las 13 h. una riña en el centro de trabajo con su compañero D. Benigno, al que le faltó de palabra y obra, y aun cuando el Juzgador no lo recoge expresamente como hecho acreditado, sí hace referencia a ello para fundar la prescripción de dicha presunta falta, por lo que apareciendo del total de las actuaciones la realidad de la misma, no hay inconveniente en admitirla, advirtiendo por otro lado que el agredido era hijo del propietario y hoy recurrente, admisión que por otro lado no ha de cambiar el signo de la sentencia.

Segundo: Tampoco hay obstáculo alguno para constatar que la carta de despido, a través del notario, llegó a poder del demandante el día 10, ya que así consta a través de las actas del fedatario público, pero ello no puede alterar tampoco la decisión que se contiene en la sentencia de instancia.

Tercero: Que en cuanto al motivo sobre examen del derecho, se aduce aplicación indebida del art. 60,2 ET, cuando resulta lo contrario, pues si se examina el art. 55 ET se contempla que en su núm. 1 se dice que el despido regulado en el artículo anterior deberá ser notificado por escrito, es decir, se trata de un acto de comunicación que no se rellena de contenido sino cuando efectivamente tiene lugar el conocimiento, o sea, hasta que el destinatario adquiere noticia efectiva y completa de lo así notificado, siendo indiferente el medio empleado para hacer llegar esta notificación, pero, al utilizarla, se asume el riesgo de la tardanza con que la noticia llegue al notificado, siendo así que ocurrido el incidente o riña entre el demandante y el hijo del empresario el día 8 sept. éste tomó la decisión de despedirlo, decisión que no llegó a conocimiento del trabajador hasta el día 10 nov., es decir, cuando ya habían transcurrido los 60 días a que se refiere el aludido art. 60,2 ET; conclusión que no cambia por otro lado por la simple alegación del demandado efectuada en acto de conciliación previo al ejercicio de la acción de extinción del contrato por decisión del trabajador, de que realizaba reserva de sus acciones contra el hoy recurrido, puesto que esta reserva no con-

fiere por sí derecho alguno ni es interruptiva de la prescripción conforme al art. 1973 CC, al consistir en simple manifestación.

Tercero: Que lo razonado habría de servir por sí solo para rechazar el recurso en cuanto al fondo, pero se observa que solicitada sentencia absolutoria se han abierto todas las posibilidades cuyo nivel de petición y decisión esté por debajo de aquélla más amplia de absolución, y consecuente con ello resulta que sí existió una carta de despido, que en definitiva si bien tardó en llegar a conocimiento del trabajador alcanzó su destino y facilitó su defensa, como se comprueba tras lo anteriormente dicho, por lo que no es posible calificar el despido de nulo sino de improcedente; vista la prescripción de la acción disciplinaria ejercitada, consecuentemente, con la consecuencia de haber de optar el empresario por la readmisión o indemnización, ésta con un montante de 45 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de 42 mensualidades, y a que cualquiera que sea la alternativa por la que se opte a que abone, al trabajador, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido 10 nov. 1987 y hasta la notificación de la sentencia, siendo de cuenta del Estado los que excedan de 60 días contados desde la fecha de presentación de la demanda el 1 dic. 1987.

Fallo: Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Joaquín, contra MT núm. 1 Jaén S 19 ene. 1988, a virtud de demanda contra la formulada por D. Manuel, en reclamación sobre despido, debemos revocar y revocamos en parte la sentencia recurrida, en el sentido de declarar improcedente el despido, condenando a la demandada a que, en su elección, dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia, readmita al actor en su empleo o le abone una indemnización equivalente a 45 días de salario por año de servicio prestado, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta el máximo de 42 mensualidades, entendiéndose que si no opta expresamente, lo hará por la readmisión, y asimismo, a que abone los salarios dejados de percibir desde el día 1 dic. 1987 hasta el de la notificación de la presente sentencia, con la limitación de sesenta días contados a partir de la fecha en que se presentó la demanda. Con devolución a la demandada y recurrente del depósito constituido. La presente sentencia se firme desde el día de la fecha.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–**Sr. De la Cueva Vázquez.–Sr. Pereda Amann.–Sr. Rodríguez Estevan.**

3. DOCUMENTACION

DEFENSOR DEL PUEBLO Y ADMINISTRACION MILITAR

Manuel CHACON ALONSO
Capitán Auditor
Responsable del área de Defensa e Interior del Defensor del Pueblo

El contenido de la información que integra esta sección se puede clasificar de la forma siguiente:

SUMARIO

I. INFORMES ANUALES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. 1. Informe anual de 1986. 2. Informe anual de 1987.– II. INFORMES VARIOS SOBRE ASUNTOS DE INTERES PARA LA JUSTICIA O ADMINISTRACION MILITARES. 1. Prisión preventiva militar. 2. Denegando la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra Leyes Orgánicas de reforma de la Justicia Militar. 3. Seguridad Social de los soldados y marineros. 4. Ascensos honoríficos.

I. INFORMES ANUALES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (Area de Defensa e Interior)

1. Informe anual de 1986

1. INTRODUCCION Y ESTADISTICA

Como en años anteriores, el Area de Defensa e Interior del Defensor del Pueblo se ha ocupado de la tramitación de las quejas que afectan a ambos Departamentos ministeriales, además de aquellas sobre Administración de Justicia Militar, y aquellas otras, que, por la naturaleza de la relación afectada, han tenido que ser trasladadas al Fiscal General del Estado.

El estudio ha consistido en la comprobación de las posibles infracciones de derechos fundamentales o actividad irregular de la Administración, situaciones de desatención pública o indefensión, sin entrar a valorar aquellas cuestiones de criterio, cuya valoración corresponde a la Administración Pública, en uso de la discrecionalidad administrativa admitida dentro de los

límites del ordenamiento, y cuyo cauce más adecuado es la disconformidad del ciudadano por la vía de los recursos administrativos.

Además de la formalización por escrito ante la Administración de las quejas de admisión planteadas, este Area ha primado el análisis e investigación directa de los supuestos de la queja, realizando averiguaciones "in situ", visitando las distintas dependencias o establecimientos de la Administración y entrando en contacto directo con las personas afectadas por la reclamación.

Sin perjuicio de la tramitación de los expedientes abiertos en otros años, y que ha originado nuevas actuaciones, durante 1987 este Area ha recibido 850 escritos de queja, de los cuales 510 corresponden a Defensa y 340 a Interior. De éstos, han sido admitidos ante la Administración 276, no admitidos 322.

Hay que resaltar, que de los expedientes recibidos, 252 corresponden a escritos de queja que propiamente no reciben esta naturaleza, siendo más bien solicitudes de información al Defensor del Pueblo.

Esta actividad ha sido fundamentalmente desarrollada en materia de servicio militar, objeción de conciencia, Clases Pasivas, derecho de asistencia a detenidos, cuestiones de extranjería, régimen de indemnizaciones frente a la *Administración Pública, etc.*

Las causas de no admisión más frecuentes, tal como obliga a especificar el artículo 33 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, han sido la comparecencia ante esta Institución de personas no directamente interesadas por la queja; la no aportación al Defensor de los datos suficientes para el estudio de las reclamaciones planteadas; la no existencia de actividad irregular por parte de la administración Pública, y, en algunos casos, el posible perjuicio a irrogar al legítimo interés de un tercero.

En los casos de queja anómina, el Defensor del Pueblo, ha valorado la conveniencia de la posible admisión del expediente de oficio, cuando la trascedencia de la cuestión así lo exigía.

2. MINISTERIO DE DEFENSA

2.1 Quejas favorables

Seguidamente, se abordará sin ánimo exhaustivo, el análisis de aquellas quejas, cuya tramitación ante la Administración Militar ha conducido a un resultado favorable.

2.1.1 Servicio Militar

Objeción de conciencia

Un objetor de conciencia había presentado instancia de un reconoci-

miento de esta condición ante el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, recibiendo, no obstante, una citación para su incorporación al servicio militar.

Ejecutadas las gestiones oportunas ante el citado Consejo, se cursaron sendos telegramas al Ministerio de defensa y al Acuartelamiento a donde iba a ser destinado, suspendiéndose la incorporación. (Queja número 7457/87).

Prórrogas

– La persona compareciente había obtenido en el Ayuntamiento de Puertollano un puesto de trabajo, de contratación temporal, teniendo, no obstante que incorporarse al Servicio Militar en la Armada.

Considerándose que era imprescindible para lograr la adjudicación definitiva de aquel empleo su no incorporación a filas, se admitió a trámite esta queja y se concedió por parte de la Subsecretaría de Defensa una prórroga o suspensión a esta incorporación. (Queja número 5500/87).

– La persona compareciente, casado, con un hijo, y único sostén de su familia, iba a ser incorporado a filas.

Con la mediación del Director General de Personal del Ministerio de Defensa, se consigue prórroga de primera clase para este ciudadano. (Queja número 5371/87).

– Fallece el padre de un soldado mientras éste cumple su servicio militar en una Unidad de Melilla.

Su madre escribe a esta Institución, informando que su hijo es el único que puede atender ahora el medio de sustento de la familia, un negocio de frutería sito en Madrid.

Se concede a este soldado, por parte del Ministerio de Defensa un permiso temporal y finalmente una prórroga de primera clase. (Queja número 9034/87).

– Se suspende la incorporación al Ejército de una persona también por problemas familiares –su mujer embarazada y sin trabajo– (Queja número 4685/87).

– La madre de un soldado nos participa que tiene 9 hijos, 3 de ellos con graves enfermedades psiquiátricas y no puede atender a las necesidades económicas de la familia (entre ellas, un alquiler de su vivienda de 4.000 ptas. al mes).

El único que trabajaba era un hijo suyo, que estaba cumpliendo el servicio militar.

Admitida a trámite esta queja, con carácter de urgencia, se otorga por el Ministerio de Defensa y por el Jefe del Estado Mayor del Ejército un permiso extraordinario a este soldado hasta su pase definitivo a la reserva. (Queja número 11498/87).

– En otros expedientes, se concede, también, por parte del Ministerio

de Defensa la exclusión del Servicio Militar, a diversos soldados por razones familiares. (Quejas números 7836/87, 4854/86 y 13598/86).

Exclusiones

– Un ciudadano, que había sido excluído del servicio militar por una enfermedad o deficiencia física incluída en el cuadro médico de exclusiones, comparece ante un Centro de Reclutamiento solicitanto una certificación de que está libre de obligaciones militares, a efectos de presentarla en una empresa donde iba a ser contratado.

Se le expide el citado documento y en él consta que ha sido "excluído por enfermedad".

El Defensor del Pueblo remite un escrito al Ministerio de Defensa poniendo de relieve los perjuicios que este pronunciamiento puede originar a las personas que han sido exluídas del servicio militar, a la hora de acreditar en el mundo laboral que tienen ya este servicio cumplido.

Aquel Departamento, informó finalmente al Defensor, haber cursado órdenes a los Centros Provinciales de Reclutamiento para que se suprima el término "enfermedad" de la citada notificación, pudiendo, en consecuencia, la persona compareciente solicitar de nuevo este documento (Queja número 5624/87).

– Otros expedientes hacen referencia a la exclusión de soldados del Servicio Militar por padecer diversas enfermedades o deficiencias físicas constatadas.

Así, en algunos casos, se nos alegaba la existencia de pies planos, miopía en grado suficiente, lesiones en la columna vertebral, etcétera. (Quejas números 2599/87, 1778/87, 4392/86 y 5978/87).

Traslados

En algunos casos, se gestiona ante el Ministerio de Defensa el traslado de un soldado de una Región Militar a otra, por fallecimiento de familiares, y, en otros supuestos, se gestiona este traslado, por otras razones humanitarias (Quejas números 1274/87 y 5119/87).

Varios

– La persona compareciente había ingresado voluntariamente al servicio militar en 1982, siéndole rescindido este compromiso por responsabilidad disciplinaria.

Restándole un período de servicio militar por cumplir, aún no había sido llamado a filas, con las dificultades que esta situación de espera le originaba para encontrar trabajo.

Admitida a trámite esta queja, se ordenó su inmediata incorporación en una Unidad del Ejército del Aire (Queja número 12626/86).

– El Ministerio de Defensa había imprimido en una hoja de informaciones del servicio militar el teléfono particular de un ciudadano en lugar del número de un Acuartelamiento determinado.

Este ciudadano, ante la repetición de llamadas a su domicilio, de reclutas de sucesivos llamamientos, presenta queja al Defensor del Pueblo.

El Ministerio de Defensa nos informó, finalmente, haber cursado un mensaje a todos los Centros de Reclutamiento, informando del número de teléfono correcto sin que, desde entonces, aquella anomalía se hubiera reproducido (Queja número 2863/87).

2.1.2 Pensiones

Amnistía

En estos casos, se trata de la agilización del expediente de haberes pasivos a familiares de militares de la República, en aplicación del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo (Quejas números 12928/86 y 7805/87).

Inutilidad física

– Guardia Civil que desde 1982 pretendía la fijación de la pensión correspondiente por su retiro del servicio por inutilidad física.

Admitida esta queja, el Ministerio de Defensa informó al Defensor que sus instancias no habían sido tramitadas por cuanto habían sido remitidas al Consejo Supremo de Justicia Militar y no al Organismo competente en estos casos, es decir, al Ministerio de Defensa.

Se agiliza la tramitación de este expediente y se puso de relieve, finalmente, al Ministerio de Defensa que, en otros casos, se hiciera aplicación del artículo 8.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuanto determina que el órgano administrativo que se considere incompetente para la resolución de un asunto remitirá las actuaciones al órgano que se considere competente (Queja número 12696/86).

– Guardia Civil que en 1979, encontrándose en situación de actividad, había sido declarado inútil para el servicio por Tribunal Médico Militar constituído al efecto.

No obstante, había causado baja en el Ejército por edad.

Habiendo seguido la vía de recursos contra esta resolución, que le perjudicaba en la fijación de su pensión, obtuvo sentencia favorable a su pretensión, en la que se disponía que se cambiase la orden de retiro por edad, a otra en la que se especificase que este retiro había sido inutilidad física.

Admitida esta queja a trámite, se cursaron las órdenes oportunas para la ejecución de la sentencia antes referida.

Con carácter general, y habida cuenta que en esta Institución se han recibido otros expedientes de análoga naturaleza, se ha remitido una comu-

nicación al Ministerio de Defensa, aún en trámite, solicitando información sobre estos casos en los que a un profesional del Ejército se le jubila por edad, cuando corresponde la instrucción de un expediente de inutilidad para el servicio (Queja número 11522/86).

– Otras quejas hacen referencia a la agilización de la fijación de las correspondientes pensiones a profesionales del Ejército que causaron baja en su Cuerpo de procedencia por inutilidad física (Quejas números 8397/87, 10015/87 y 2902/87).

Viudedad

En 1985 la persona compareciente había solicitado del Consejo Supremo de Justica Militar pensión de viudedad por el fallecimiento de su marido, oficial del Ejército, con el que había contraído matrimonio una vez promulgada la Ley de Divorcio.

Se agiliza la conclusión de su expediente, fijándose en julio de 1987 el haber previsto que le correspondía mediante su publicación en el "Boletín Oficial de Defensa" (Queja número 6167/87).

Varios

– Ingresó en el Ejército en 1948, siendo destinado a la Brigada Paracaidista donde sufrió un accidente al efectuarse un lanzamiento.

Estudiados sus antecedentes clínicos en esta Institución se valora que las alteraciones psíquicas que ahora padece, que le imposibilitan para trabajar, pudieran tener su origen en aquellos hechos.

En consecuencia se admitieron a trámite estos antecedentes ante el Ministerio de Defensa, quien le efectuó un reconocimiento por Tribunal Médico, y le instruyó un expediente para su conclusión en el Cuerpo de Mutilados, con el devengo de la correspondiente pensión (Queja número 13593/85).

– Familiares de un soldado fallecido en 1983, cuando se encontraba destinado en una base Aérea informaban al Defensor no haber recibido indemnización o pensión alguna por estos hechos.

Estudiados los antecedentes remitidos por esta familia, en particular los considerados de una sentencia absolutoria de los hechos de 1984, se valoró que su muerte pudiera haber ocurrido en acto de servicio, pronunciamiento que conllevaría la correspondiente pensión para los padres.

Se admite a trámite esta queja y, al final, el Ministerio de Defensa dicta una Orden número 723/18185/87, del "B.O. de Defensa", por la que se declara su fallecimiento como ocurrido en acto de servicio (Queja número 6898/87).

2.1.3 Indemnizaciones

Por razón de setencia judicial

– Habiéndose dictado sentencia condenatoria por un Juzgado de Instrucción, en la que se disponía el pago de seis millones de pesetas por parte del Ministerio de Defensa, en concepto de responsable civil subsidiario por un accidente de circulación, aún no se había ejecutado por este Departamento.

El Ministerio de Defensa, admitida esta queja, informó al Defensor del pago de la cantidad reconocida en la sentencia (Queja número 7819/87).

– Tras haber sufrido graves daños en su vehículo, como consecuencia de una colisión con un camión del Ejérçito de Tierra, el ciudadano compareciente solicitó una indemnización del Ministerio de Defensa.

Por esta Institución se agilizó la conclusión del procedimiento judicial que estaba pendiente ante la Jurisdicción ordinaria, (dejándose libre la vía del pago de la indemnización acordada (Queja número 3741/87).

– Se solicita el pago de una cantidad adecuada por el Ministerio de Defensa a un ciudadano, por responsabilidad civil establecida en Sentencia del Juzgado de Distrito número 2 de Salamanca.

Se informó, finalmente, haberse hecho entrega a este Juzgado de la tasación de costas por daños, en este caso en accidente de circulación (Queja número 13243/86).

– En otro supuesto, el Ministerio de Defensa informa al Defensor haberse remitido a la Capitanía General de la Región Militar Sur certificado de retención de crédito, por importe de 952.000 pesetas, para satisfacer las responsabilidades civiles a favor de un ciudadano, dimanantes de unas diligencias preparatorias (Queja número 7373/87).

Razón de procedimientos expropiatorios

Se solicita el abono del precio de una expropiación verificada en 1977 por parte del Ministerio de Defensa.

Este Departamento informó a esta Institución haber citado, finalmente, al propietario para el abono de esta cantidad (Queja número 2030/87).

2.1.4 Asistencia sanitaria

– Un legionario había sufrido una accidente en su destino, Ronda (Málaga), por lo que fue declarado inútil para el servicio.

Necesitando ahora un tratamiento de rehabilitación, se había personado en el Hospital Militar de Oviedo, donde le habían informado no tener derecho a prestaciones médicas por ser ajeno al Ejército.

En la tramitación de este expediente, se gestionó el tratamiento ambulatorio de esta persona en un centro hospitalario civil, asumiento el Ejército los gastos originados por tal motivo (Queja número 8721/87).

– Un militar había solicitado certificación de la enfermedad padecida por él durante el ejercicio de su profesión; sin contestación a su pretensión.

Admitida a trámite esta queja, el Ministerio de Defensa le da traslado del informe médico elaborado en el Hospital Militar de Barcelona (Queja número 5136/87).

2.1.5 Otras quejas

a) Funcionamiento irregular de los Servicios Públicos

– Guardia Civil, separado del Cuerpo por expediente gubernativo, recurre en 1985 contra esta resolución.

No habiéndose atendido su reclamación se dirigió al Defensor del Pueblo, quien remite estos antecedentes al Ministerio de Defensa, y se dictá al fin resolución por este Departamento admitiendo el recurso planteado por este profesional, y anulándose la resolución de la Dirección General de la Guardia Civil.

En uno de los informes remitidos al Defensor, se justifica el retraso habido en la tramitación de este recurso en que un organismo administrativo, el Consejo Supremo de Justicia Militar, se había declarado incompetente, remitiendo las actuaciones a la Dirección General de la Guardia Civil (Queja número 2254/87).

– En un caso se obtiene un pronunciamiento expreso del Ministerio de Defensa a una instancia firmada por un ciudadano en 1984, sobre reconocimiento de determinados servicios prestados en la Empresa Nacional Bazán de Construcciones Militares.

– En otro, aquel Departamento remite a la persona compareciente una certificación acreditativa de ciertos datos de su esposo, ya fallecido, fogonero de la Armada, que le era requerida para el devengo de una pensión por parte de Hacienda.

– En el último, se remite a un soldado acta del Tribunal Médico que le había excluído del servicio militar, que le era imprescindible al objeto de obtener una prestación de la Seguridad Social (Quejas números 11314/86, 6804/87 y 6124/87).

– Los padres de un soldado comparecen ante el Defensor del Pueblo manifestando que el Ministerio de Defensa no les había informado de las causas del fallecimiento de su hijo.

Se informó finalmente que este familiar había fallecido en 1963 en el Sahara al parecer por una enfermedad de naturaleza común (Queja número 8684/87).

b) Establecimientos penitenciarios

Se gestiona la concesión de varios permisos de salida ante la Capitanía General de la IV Región Militar para un interno de la Prisión Militar de

Alcalá de Henares, por motivos de grave enfermedad de su esposa (Queja número 6533/87).

2.2 QUEJAS RELEVANTES

2.2.1 Solicitud de recurso de amparo contra una sentencia en Consejo de Guerra.

En julio de 1987, un Letrado solicita de esta Institución la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia de 1 de julio de 1987, que resuelve un recurso de casación por infracción de Ley, formalizado por el excelentísimo señor Fiscal Togado contra la sentencia dictada en el Consejo de Guerra reunido en Sevilla el 8 de abril del mismo año (Causa 252/86), seguida contra un Coronel de Caballería, por un presunto delito de "abandono de residencia".

En aquella sentencia, el Consejo Supremo de Justicia Militar, no obstante confirmar la decisión del Consejo de Guerra en lo que se refiere a la no existencia del delito de "abandono de residencia", condenó al referido Coronel a 6 meses de arresto, al apreciarse en su conducta la falta recogida en el artículo 437.2 del Código de Justicia Militar, en parte derogado.

Las consideraciones principales en las que el Letrado compareciente fundamentaba aquella pretensión, son las siguientes:

– Falta de competencia sancionadora en materia disciplinaria por parte del Consejo Supremo de Justicia Militar.

– Conculcación del principio "non bis in idem", habida cuenta que los hechos sancionadores ya habían sido corregidos con un mes de arresto por el Comandante General de Ceuta.

– En esta materia disciplinaria, se hace aplicación del Código Penal Militar ya derogado, el cual, en este punto, resulta más perjudicial, habida cuenta que se corrige al Oficial citado con un correctivo de 6 meses de arresto, ahora no admitido en la recientemente promulgada normativa militar.

A la vista de estos antecedentes, una vez estudiadas detenidamente sus alegaciones, así como la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales y la legislación Penal y Disciplinaria Militar aplicable, la Junta de Coordinación y Régimen Interior del Defensor del Pueblo, emitió, por unanimidad, con fecha del día 30 de julio de 1987, un informe, en el que se estimaba que no concurrían los fundamentos jurídicos suficientes para interponer el recurso de amparo solicitado.

Para esta decisión, se tuvo en cuenta la siguiente fundamentación jurídica:

1. No obstante su delegación de que el Consejo Supremo de Justicia Militar no tiene facultad sancionadora en materia disciplinaria, sí le viene

reconocida, sin embargo, competencia para resolver los recursos de casación que le fueran planteados contra las sentencias dictadas en los Consejos de Guerra, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 849.1, aplicable al caso objeto de estudio, especifica: "Se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación:

1º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal."

Y, obliga al Consejo Supremo de Justicia Militar, por la propia naturaleza de la casación, a dictar nueva sentencia conforme a Derecho, partiendo evidentemente, tal como se ha constatado, de los hechos que han devenido probados.

En ejercicio de esta mecánica procesal, puede entenderse, que aquel Alto Organismo Militar, partiendo de la declaración de hechos probados de que la conducta del referido Coronel no integra el tipo del delito "abandono de residencia", por cuanto falta un elemento objetivo del injusto (cual es la ausencia de 5 días del destino autorizado), pero partiendo también de la acreditación en el Consejo de Guerra de que el aludido oficial se ausentó de aquel destino durante algunos días sin la debida autorización (lo cual supone una clara infracción a sus deberes militares), procedió a anular la sentencia del referido Consejo en este punto, al advertir que éste había infringido el artículo 793 del Código de Justicia Militar (infracción de Ley) que obliga a este órgano judicial (este artículo emplea el término "impondrá") a sancionar por falta grave cuando los hechos probados no son constitutivos de delito y sí de "falta grave de igual naturaleza".

2. El segundo argumento hace referencia a que la sanción impuesta al Coronel de Caballería en la segunda setencia dictada por el Consejo Supremo de Justicia Militar conculca el principio "nos bis in idem", pues la falta que se sanciona fue ya corregida por el Comandante General de Ceuta en fecha 13 de mayo de 1986, con un mes de arresto.

En relación a este aspecto, hay que partir de la compatibilidad y posible coexistencia de ambas sanciones.

En efecto, la imposición de un mes de arresto por el Jefe Militar directo del Coronel citado, al apreciar en su conducta la falta leve del artículo 443 del Código de Justicia Militar (competencia atribuída a los Jefes respectivos por el artículo 416 y concordantes del Código de Justicia Militar), no impide la apreciación judicial de que su conducta revista las características propias de una infracción por falta grave.

En el primer caso, se trata de una manifestación concreta del ejercicio de la Autoridad disciplinaria del Jefe Militar y en el segundo de la acreditación por la vía procesal adecuada (en este caso con más garantías porque se

ha seguido la vía procesal de los delitos) de un hecho sancionador que reviste la naturaleza de una falta grave.

Esta compatibilidad entre ambas sanciones parece avalada por la propia Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Así, la sentencia de 30 de marzo de 1981 ("B.O.E." 21-2-81) exceptúa la aplicación del principio general del Derecho "non bis in idem" aquellos casos en que se origian una infracción de dos bienes jurídicos diferentes, amparados por el ordenamiento penal y administrativo.

3. Finalmente, y por lo que se refiere a la última alegación, cabe manifestar lo siguiente:

El Consejo de Guerra, para proceder a su determinación de absolver al aludido Oficial del delito de "abandono de residencia" que se le imputaba, hizo aplicación debida del Código de Justicia Militar de 1945, por cuanto su normativa resultaba más beneficiosa en este punto que la recogida en el nuevo Código Penal Militar, aprobado por Ley 13/1985, de 9 de diciembre.

Este, también, fue el criterio del Consejo Supremo de Justicia Militar al resolver el recurso de casación por infracción de Ley que le fue planteado.

Se trajo a colación, en definitiva, el principio jurídico recogido en el Texto Constitucional y en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la aplicación de la norma penal más favorable al reo en la diversa sucesión de normas en el tiempo.

Por este principio, ha de llevar también a la consecuencia de que el Tribunal Militar, a la hora de sancionar por falta grave ha de hacer utilización, de igual manera, del Ordenamiento anterior, por cuanto de lo contrario se origina una situación análoga al "fraude de Ley" (en este caso "del Ordenamiento"), al utilizarse de manera parcial unas y otras normas de dos Ordenamientos, con finalidades contrapuestas.

Este también parece ser el criterio del Tribunal Constitucional, al determinar en su Auto número 472/84, de 26 de julio, lo siguiente:

"La aplicación de la Ley penal nueva, cuando es más favorable para el reo, ha de aplicarse en bloque, no fragmentariamente, por cuanto si se procediera a seleccionar de la normativa precedente y de la que modifica lo más beneficioso de una y otra, se estaría usurpando tareas legislativas que no corresponden a los Tribunales, como sería la creación de una tercera norma, artificiosa e indebidamente elaborada a partir de lo entresacado de la antigua y la nueva".

Por todo lo anterior, esta Institución resolvió no interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la Sentencia de 1 de julio de 1987, del Consejo Supremo de Justicia Militar, que resolvía el recurso de casación por infracción de la Ley planteado por la Fiscalía Jurídica Militar.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, en recurso de amparo 1154/87, promovido por este Coronel de Caballería, contra la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar antes aludida, resolvió no admitir este recurso y ordenar el archivo de las actuaciones (Queja número 9452/86).

2.3 ALGUNOS ASUNTOS DE CARACTER GENERAL DEDUCIDOS DE LAS QUEJAS PRESENTADAS

El artículo 33.1 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo determina que esta Institución, en su informe anual ha de dar cuenta, entre otros extremos, del tipo de las quejas presentadas.

En este apartado, pues, se pretende resaltar algunos problemas de trascendecia general deducidos de la lectura de las diversas quejas tramitadas durante el período que abarca este Informe.

Sin ánimo exhaustivo, éstos son los siguientes:

2.3.1 Servicio Militar

a) Objeción de conciencia

Durante este período se han seguido recibiendo quejas referentes a la aplicación de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, de objeción de conciencia.

Fundamentalmente estos escritos hacían referencia a los perjuicios que se estaban ocasionando a los objetores de conciencia, habida cuenta de la situación de pendencia, por el no desarrollo reglamentario de aquella Norma.

El Defensor del Pueblo, en estos casos, ha procedido a una información completa sobre los diversos aspectos de la objeción de conciencia, manteniendo contactos con el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Justicia (Consejo Nacional de Objeción de Conciencia).

Habiendo sido promulgado con fecha 21 de enero de 1988, "B.O.E." número 18, el Real Decreto 20/1988, de 15 de enero, por el que se desarrolla la citada Ley, entiende esta Institución que muchos de los problemas que venían planteándose quedarán solventados.

En este apartado cabe resaltar, finalmente, que se han recibido algunos escritos de objetores en los que se pone de relieve, no obstante el desarrollo de aquella Ley y la puesta en práctica de sus previsiones, su oposición a la cumplimentación de la prestación civil sustitutoria.

En relación a este aspecto, el Defensor del Pueblo ha de resaltar, una vez declarada por el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de la Ley 48/1984 y habiéndose desarrollado prácticamente sus preceptos, la obligatoriedad de su cumplimiento por parte de la Administración y de los ciudadanos a cuyo ámbito de aplicación se refiere.

En caso contrario, se trataría de una infracción del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española, en su relación con el artículo 30 al configurar el servicio militar con el carácter de preceptivo.

Por otra parte, el Defensor del Pueblo ha mantenido contacto con la Oficina para la Prestación Social de los objetores de conciencia, intersándo-

se por la forma y condiciones del desarrollo del cumplimiento de esta prestación.

b) Reclutamiento

También son numerosos los escritos recibidos en los que se exponen diversas cuestiones sobre los trámites de reclutamiento para el servicio militar.

Algunos ciudadanos, como también consta en informes anteriores, se quejan de cierta desatención y desinformación que les proporcionan, tanto los Ayuntamientos como los Centros de Reclutamiento.

En ciertos casos, se nos participa, incluso, el temor por parte de algunos de estos ciudadanos de comparecer ante el Centro de Reclutamiento, por el trato descortés que se otorga en alguno de ellos.

Hay que resaltar, que la persona que comparece ante estos organismos militares, es un ciudadano todavía no adaptado a las formas y a la disciplina castrense.

En otros, se alega, en concreto, que no existe en estos centros una información precisa sobre los trámites de reclutamiento, lo que les provoca una cierta desorientación sobre su situación militar; que se originan algunos errores de clasificación (errores en la fecha de nacimiento con trascendencia en el sorteo anual de los mozos, etc.); y resaltan otros aspectos, como las aglomeraciones y "colas" que se originan en algunas ocasiones.

En relación a esta problemática, hay que resaltar que esta Institución ha dado traslado al Ministerio de Defensa, para que se realicen las investigaciones oportunas, disciplinarias o, incluso judiciales, de diversos escritos, de los que se deduce una posible alteración o modificación indebida en algunos Centros de Reclutamiento de ciertos datos de las cartillas militares del mozo. (Queja número 8860/87).

En otras quejas, los ciudadanos muestran su disconformidad, con los Organos de reclutamiento por cuanto esto les han denegado un cambio de llamamiento, una prórroga e incluso la exclusión y exención al servicio militar.

En tales supuestos, referentes fundamentalmente a problemas que la incorporación al servicio militar origina a la familia del mozo o a cuestiones sobre enfermedades no detectadas por los Tribunales Médicos, se da traslado de esos antecedentes al Ministerio de Defensa, consiguiéndose en algunos supuestos, como se expresa en otro capítulo una modificación del criterio por parte de ese Departamento.

En la Queja número 3260/87, un ciudadano manifestaba al Defensor del Pueblo su disconformidad por la existencia del denominado excedente de cupo para el servicio militar, por posible infracción del artículo 14 de la Constitución española, al considerar que la decisión gubernativa de que algunos ciudadanos no han de cumplir su servicio militar, originada por sorteo

entre las fechas de nacimiento, constituía una discriminación en relación con aquellas personas que debían realizarlo.

El Defensor del Pueblo efectuó una consulta ante el Ministerio de Defensa sobre la temática anterior, siéndonos remitido un informe en el que sustancialmente se expresa:

"... La Ley 19/84, de 8 de junio, del servicio militar, en su artículo 14, reconoce al Gobierno la facultad de determinar, a propuesta del Ministro de Defensa, la cuantía de los efectivos del contingente anual que se deben incorporar a filas, lo que lleva consigo la determinación, si la hubiere, del excedente de contingente anual, cuya concreción en cuanto a los mozos que han de incluirse en el mismo, se hará por un sorteo anual en el que entrarán todos los mozos que integran el mismo.

El principio de igualdad entre los mozos sentado en la Constitución queda cumplido, ya que todos ellos siguen las mismas vicisitudes en cuanto al servicio militar obligatorio y todos tienen las mismas oportunidades de quedar excedentes del contingente, cuando lo hubiere."

c) Protección social de los soldados

En otros años la intervención del Defensor del Pueblo en esta materia se ha centrado, fundamentalmente, en la sugerencia remitida al Ministerio de Defensa sobre extensión de los beneficios de la Seguridad Social a los soldados y marineros.

Admitida esta sugerencia y promulgado el Real Decreto 545/86, de 7 de marzo, en virtud del cual se determina la fecha de aplicación a las Clases de Tropa y Marinería no profesionales del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, durante este año nuestra función ha consistido en la admisión a trámite de casos concretos en los que se demandaba esta protección social ante el Ministerio de Defensa por diversos accidentes o fallecimientos que se habían originado.

Se trata, en estos casos, de proporcionar al soldado una información adecuada sobre los derechos que le correspoden e intervenir ante la administración, en caso de actuación irregular de la misma, para que a los soldados y a sus familias les sean otorgadas las pensiones y ayudas que les corresponde.

En la Queja número 560/87 se pone de relieve la preocupación de esta Institución por aquellos accidentes que originan al soldado una situación de inutilidad para su posterior vida profesional.

Tramitada esta queja, el Ministerio de Defensa, en noviembre de 1987, nos expresa que "la Dirección General de Personal está ultimando las medidas de protección de las diversas situaciones de inutilidad en que pueden quedar soldados y marineros como consecuencia de lesiones que traen su causa de la prestación del servicio militar".

Esta protección social, como ya se ha recordado en otros informes, se ha de extender también a los accidentes que sufre el soldado, cuando, con

motivo de la concesión de un permiso, se desplaza desde su cuartel al lugar de su residencia.

No hay que olvidar que, algunos de estos casos, el soldado que sufre el accidente se encuentra casado y con hijos.

d) Asistencia sanitaria

En otros expedientes se denuncian algunas insuficiencias concretas originadas en la prestación sanitaria proporcionada por los servicios médicos del Ministerio de Defensa.

Algunos ciudadanos denuncian haber tenido alguna enfermedad o lesión durante su servicio militar, y, con posterioridad a su licenciamiento, no haber sido objeto de una atención médica o rehabilitación adecuada para aquellas lesiones.

En otros casos, se nos informa sobre la insuficiencia estructural de los centros dedicados a estas atenciones hospitalarias.

Así, en la Queja número 1989/87, ante la denuncia planteada sobre insuficiencia asistencial del Hospital Militar de Palma de Mallorca, el Ministerio de Defensa informa al Defensor:

"El Hospital de Palma de Mallorca es un centro hospitalario envejecido, aunque no obstante los datos correspondientes a 1986 demuestran que se encuentra dentro de los límites positivos de prestación de servicio, ya que cuenta con 14 médicos militares, 5 civiles, 17 ATS, 24 Auxiliares de Clínica, 7 Hermanas de la Caridad, 72 personas de servicio no sanitario, y su índice de ocupación es del 28.5 sobre 225 camas, y una estancia media de 11,6. Ello no obstante, está en estudio la realización de un nuevo hospital."

En estos escritos, internos de hospitales militares nos refieren que, en ciertos supuestos, su organización obedece a criterios de estricta jeraquía militar, estando, por ejemplo, las plantas distribuídas en función del empleo militar ostentado y no de la especialidad o enfermedad padecida, por lo que, en algunos casos, y en algunos hospitales, resultaría más conveniente cambiar de criterio en atención a la eficacia.

Finalmente, cabe resaltar que en la Queja número 5623/87, un ciudadano, médico colegiado, denuncia la utilización, durante su servicio militar, de idénticas lancetas o agujas en un grupo de soldados, durante la vacunación efectuada a éstos en un CIR.

El Ministerio de Defensa informó al Defensor acerca del estricto cumplimiento en este caso de las directrices emitidas por la Jefatura de Asistencia Sanitaria del Cuartel General del Ejército.

e) Novatadas

Tres expedientes instruídos durante el año 1987 hacen referencia a denuncias de soldados sobre novatadas inferidas en sus personas durante el servicio militar.

Así, en la Queja número 5057/87, una de estas personas nos informaba haber sido objeto de estas prácticas en un acuartelamiento de Valencia (agresiones físicas, encierro en una taquilla de su Unidad, obligatoriedad de ingerir cierta cantidad de vino, no permitir en algunos casos el descanso nocturno, etc.)

Admitida a trámite esta queja, el Ministerio de Defensa nos informó haberse instruído un expediente disciplinario a un Cabo de esa Unidad que concluyó con la imposición de un correctivo.

Por la gravedad de estos antecedentes el Defensor del Pueblo ha remitido una comunicación al Ministerio de Defensa en el que se resaltan los siguientes aspectos:

– Se solicita información sobre la conveniencia de abrir expediente disciplinario a tros mandos del acuartelamiento en cuestión, habida cuenta que, en estos casos, no hay que buscar, únicamente, responsables directos de la acción, sino también personas responsables por omisión o negligencia.

– Se somete a la consideración del Ministerio de Defensa la conveniencia de dictarse instrucciones generales para que estos graves hechos no vuelvan a producirse.

– Finalmente, se sugiere que en este supuesto, se valore la conveniencia de eximir del servicio militar al soldado afectado, habida cuenta de los antecedentes psicológicos que, por otra parte, tenía el ciudadano antes de su incorporación al servicio militar.

Para efectuar esta última sugerencia también se toma en consideración que este ciudadano, estaba cumpliendo su servicio militar obligatorio y que, por circunstancias extrañas a él, se vio sometido a una serie de comportamientos que atentan fundamentalmente a la dignidad de la persona.

2.3.2 Justicia Militar

a) Procedimientos judiciales en general

Como en otros años, el Defensor del Pueblo ha dado traslado a la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar de algunas solicitudes de agilización de procedimientos instruídos en esta Jurisdicción especial.

En otras quejas el Defensor del Pueblo ha instado a esta Autoridad, sobre la necesaria notificación a las personas inmersas en estos procedimientos de las resoluciones judiciales recaídas.

En los casos en los que la persona compareciente nos denuncia la posible existencia de un error judicial o perjuicios originados por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, se le ha informado acerca de la vía de reclamación y del recurso establecido a tal fin en el artículo 121 de la Constitución española.

b) Traslado al Ministerio Fiscal de hechos presumiblemente delictivos

En la Queja número 1979/84, tal como consta en el informe del año pasado, el Defensor del Pueblo había remitido al Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar la queja planteada por los padres de un soldado fallecido cuando cumplía el servicio militar en Ceuta.

Efectuando un seguimiento de esta queja, cabe resaltar que las diligencias instruídas, que habían sido archivadas, han sido elevadas a Causa habida cuenta de la posible existencia de indicios de criminalidad.

Aquellas diligencias habían concluído calificando la muerte como suicidio, no obstante la constatación de la existencia de varios disparos en el cuerpo del soldado.

En concreto, se han efectuado pruebas periciales y se ha emitido un informe del Gabinete Central de la Guardia Civil, en el que se detallan las circunstancias del fallecimiento.

En la Queja número 2176/87, un padre solicitaba la intervención del Defensor del Pueblo por el fallecimiento de su hijo, hecho ocurrido cuando prestaba su servicio militar en el verano de 1986.

Desde entonces no había tenido noticia oficial de la resolución adoptada en las diligencias previas instruídas por estos hechos.

Admitida a trámite esta queja, se nos informa que este soldado había fallecido cuando se encontraba de servicio en su Unidad.

Por estos hechos, se instruyeron Diligencias Previas, las cuales fueron archivadas.

El Defensor del Pueblo, en este caso, ante los indicios existentes de criminalidad, remitió un escrito al Ministro de Defensa y al Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, solicitando la reapertura del procedimiento judicial, el cual se encuentra ahora en trámite, tal como se indicara detenidamente en el Capítulo de Sugerencias.

c) Indultos

Algunos ciudadanos comparecen ante el Defensor del Pueblo mostrando su disconformidad con la resolución judicial recaída en el Consejo de guerra celebrado contra ellos.

En estos casos se les informa de la no intervención de esta Institución, argumentando tal decisión en la necesaria independencia judicial, no obstante la competencia para interponer el recurso de amparo correspondiente, en los casos y en la forma previstos en la legislación vigente.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos supuestos en que se aprecia un posible rigor de la pena impuesta, sobre todo a militares no profesionales (que cumplen su servicio militar), y que han sido condenados por hechos que no revisten gran trascendencia, se les ha informado acerca de la posibilidad de solicitar indultos particulares.

Hay que recordar que un número elevado de delitos en la Jurisdicción Militar, son cometidos por personas que revelan una inadaptación importante a los esquemas de la disciplina castrense, y que, algunos de estos soldados, que en la vida civil no habían tenido antecedente penal alguno, se complican durante su estancia en el Ejército en continuos hechos delictivos (deserciones, insultos a superior, etc.).

Con carácter general, el Defensor del Pueblo entiende que el Código Penal Militar no ha de aplicarse con un carácter de rigor en aquellos supuestos que no revisen una clara trascedencia militar y social y que son atribuíbles a soldados y marineros no profesionales durante la prestación obligatoria de su servicio militar.

No obstante, de las últimas estadísticas de la Fiscalía Militar se desprende que el mayor número de estos delitos son atribuíbles a estos jóvenes durante el breve tiempo que cumplen su servicio en filas.

No hay que olvidar, tampoco, las dificultades que tienen estos jóvenes, luego de haber sido condenados a cumplir varios años de condena, para readaptarse a la vida civil, una vez cumplida aquélla.

Además, se ha solicitado información al Ministerio de Defensa de las diligencias judiciales, se ha mantenido contacto con los Directores de los establecimientos militares correspondientes y, en definitiva, se ha instado la agilización del indulto solicitado.

Así, en la queja número 11764/87, comparece el padre de un soldado condenado en Consejo de guerra a la pena de 2 años y 4 meses de prisión por un simple incidente, sin trascendencia de lesiones, con un cabo.

En este caso y habida cuenta que el propio Consejo de Guerra, apreciando el rigor de la pena impuesta, había solicitado su conmutación por la pena de un año de prisión, esta Institución dirigió un escrito al Ministerio de Defensa en el que se instaba la agilización del indulto solicitado.

d) Establecimientos penitenciarios

El Defensor del Pueblo desde el inicio de su mandato, ha venido sugiriendo al Ministerio de Defensa la necesidad de adecuar la normativa sobre establecimientos penitenciarios militares a las previsiones constitucionales y al marco establecido en la Ley Orgánica 1/1979, se 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Aquel Departamento ha informado a esta Institución que están muy avanzados los estudios realizados para la promulgación de un nuevo Reglamento de establecimientos penitenciarios militares, que sustituya al Real Decreto, ahora vigente, de 22 de diciembre de 1978.

No obstante, el Ministerio de Defensa, con una loable intención de extender ya a los internos de estos establecimientos los beneficios reconocidos por la legislación civil y en tanto en cuanto no se proceda a aquella adecua-

ción normativa, ha dictado una Orden Ministerial, 45/1987, de 23 de julio, por la que se aprueba la Instrucción Penitenciaria Militar.

En relación a las quejas presentadas en este Capítulo, únicamente hay que destacar que se han efectuado comparecencias de internos, fundamentalmente de la Prisión Militar de Alcalá de Henares, solicitando la intervención del Defensor del Pueblo.

En estos casos, que no tienen propiamente el carácter de queja, se ha solicitado aquella intervención para la posible concesión de permisos de salida y otros beneficios análogos.

Por lo que se refiere a este apartado, únicamente hay que hacer el pronunciamiento de que resulta urgente la adecuación de algunos beneficios reconocidos a los presos ordinarios, para los internos de establecimientos penitencieros militares (beneficios de salida, etc.), por la desigualdad que existe en relación al tratamiento de estos últimos.

e) Situaciones de rebeldía en la Justicia Militar

Alguno escritos recibidos proceden del extranjero y aparecen firmados por ciudadanos españoles, que no se incorporaron al servicio militar en su día, eludiendo así el cumplimiento de sus obligaciones militares.

Estos ciudadanos, conceptuados como rebeldes por la Justica Militar, nos participan su deseo de volver algún día a España, donde tienen sus familias y sus intereses.

El Defensor del Pueblo ha estudiado estos antecedentes, aprendiendo que, en ciertos casos, aquellas personas no están ya en edad militar y que, de acuerdo con las normas penales y disciplinarias aplicables, sus responsabilidades pudieran estar ya prescritas.

Este criterio ha sido puesto de relieve a las personas comparecientes y se ha informado de igual manera al Ministerio de Defensa.

Así la Queja número 6118/87, se participa al Defensor del Pueblo que, en efecto, el expediente instruído a un ciudadano por falta grave de no incorporación a filas en 1977, se encuentra prescrito, por lo que esta persona está exenta de cualquier tipo de responsabilidad en relación con el servicio militar y puede regresar a España junto con su familia.

2.3.3 Función militar

Como en otros años se continúan recibiendo escritos de queja firmados por militares profesionales que plantean cuestiones referentes a su situación militar.

En estos casos, la iniciativa del Defensor del Pueblo suele consistir en informar a las personas interesadas que recurran por la vía administrativa y jurisdiccional competente las disconformidades estatutarias y en materia de personal que no son planteadas, salvo que se trate, evidentemente, de algu-

na manifiesta irregularidad o desivación de poder realizada por los órganos adscritos al Ministerio de Defensa.

También, cuando se observa una acumulación de quejas sobre una misma materia en cuestión, el Defensor del Pueblo pone estos antecedentes en conocimiento del Ministerio de Defensa a fin de que se adopten las medidas correctoras procedentes, solicitando, en definitiva, información general de ese Departamento. Así, han aumentado los escritos firmados por militares de las Escalas de Complemento, quienes denuncian al Defensor del Pueblo situaciones de inestabilidad en el empleo y restricciones a sus derechos, transmitiéndonos, finalmente, su temor, de que sean rescindidos sus compromisos con el Ejército.

En relación a esta temática, cabe resaltar que el Ministerio de Defensa en los estudios y remodelaciones de plantillas que ahora está efectuando, ha de tener en cuenta que estos militares de Complemento, si bien no ingresaron en un principio profesionalmente en los Ejércitos, posteriormente sí han seguido una larga trayectoria de servicios profesionales, siendo utilizados por aquel Departamento para funciones también encomendadas a los demás militares de las Escalas Básicas o profesionales del Ejército.

Otras quejas, como en años anteriores, aparecen firmadas por Cabos 1° del Ejército, que ven rescindidos sus compromisos con el mismo, después de continuados años de servicios en los distintos Cuerpos y Armas.

En otros casos, se nos plantean cuestiones sobre las situaciones administrativo-militares de Reserva Transitoria y Reserva Activa.

En relación a esta primera situación, de reciente creción y cuya finalidad es proceder a una reducción de las plantillas ahora existentes, las personas comparecientes manifiestan al Defensor del Pueblo sus temores de que el Ministerio de Defensa no mantenga en un futuro el nivel de retribuciones que ahora se otorga a los militares profesionales que se acogen a esta situación.

Por lo que se refiere a la situación de Reserva Activa las quejas recibidas hacen referencia a la no extensión de los beneficios reconocidos en la Ley 20/1981, de 6 de julio, a ciertos colectivos de militares retirados.

En otros expedientes, militares, algunos con importante cualificación profesional, nos participan el reducido nivel de retribuciones que les son asignadas, en relación a otros miembros de la función pública.

El Ministerio de Defensa, según criterio del Defensor del Pueblo, en el momento de proceder a esta reducción de plantillas, creación de nuevas situaciones militares, reorganización de cuerpos y Escalas, ha de tomar en consideración, no únicamente las necesidades existentes de modernización de las Fuerzas Armadas, sino también, las inquietudes y necesidades del elemento humano que se encuentra debajo del funcionario militar.

2.3.4 Clases Pasivas y derechos asistenciales

a) Pensiones en general

En este apartado cabe resaltar la recepción de quejas de funcionarios militares retirados y sus familiares en las que se destacan los retrasos habidos en el Consejo Supremo de Justicia Militar en cuanto al señalamiento de los haberes pasivos que les corresponden.

Otros militares ponen de relieve haber remitido instancias a ese Alto organismo en solicitud de revisión o actualización de aquellos haberes, sin haber recibido comunicación expresa sobre el particular.

En todos estos casos la tramitación por parte de esta Institución ha consistido en la remisión al Ministerio de Defensa de una comunicación solicitando la aceleración de los expedientes instruídos.

Otros expedientes tienen como contenido las pensiones de mutilación que pueden corresponder a soldados y militares profesionales.

Sobre este particular, hay que resaltar la promulgación de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, que determina:

"el profesional militar de reemplazo y voluntario con menos de dos años de servicio, que se encuentre prestando el servicio militar en cualquiera de sus modalidades sólo causará en su favor haber de retiro cuando quede inutilizado en acto de servicio y como consecuencia del mismo."

Se ha originado cierta confusión entre los posibles beneficiarios de estas pensiones, en lo que se refiere al Organismo competente para su concesión.

Así, estos ciudadanos acudían a las Jefaturas Provinciales de Mutilados, que a su vez les remitía al Ministerio de Economía y Hacienda, Departamento este que, no obstante, informaba a los mismos que el Organo competente eran aquellas Jefaturas.

Por estos antecedentes, esta Institución dirigió una comunicación al Ministerio de Defensa solicitando una clarificación al respecto, adoptándose las medidas procedentes para su solución.

El Defensor del Pueblo también se ha dirigido a las Jefaturas de Mutilados solicitando información sobre el estado de los expedientes instruídos y en un gran número de ocasiones ha informado a los ciudadanos comparecientes sobre el trámite a seguir en la concesión de estas pensiones.

Hay que resaltar, por su trascedencia general, el caso concreto de un ciudadano que compareció ante esta Institución informándonos que le habían sido denegados estos beneficios por cuanto tenía antecedentes penales.

A este respecto, el Defensor del Pueblo ha participado al Ministerio de Defensa que estos obstáculos no habrían de impedir la concesión de los derechos pasivos que pudieran corresponder a una persona por sus años de servicio o su mutilación. Este es el sentido, además, de la Sentencia del Tribunal Constitucionales de 6 de julio de 1987 (Recurso de Amparo 801/86)

por la que se reconoce el derecho del solicitante a obtener una pensión de retiro por sus años de servicio en Africa, sin que le sea exigible el requisito de haber observado buena conducta.

b) Convivientes

Retraso en el señalamiento de estas pensiones

Durante el presente año se ha notado un cierto aumento de quejas firmadas por mujeres que han convivido con militares durante un número elevado de años, sin haber contraído matrimonio y que denuncian los prolongados retrasos que sufren sus solicitudes de haberes pasivos ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, así como la serie de trámites administrativos que le son requeridos para lograr aquellos señalamientos.

En primer lugar hay que poner de relieve que estos beneficios les son reconocidos por aplicación de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre divorcio.

El contenido de estas denuncias, ha sido comprobado por el Defensor del Pueblo, que ha remitido varias sugerencias al Ministerio de Defensa instando la urgente resolución de algunos expedientes que se encontraban paralizados desde hacia varios años.

Así, en la Queja número 5089/87, la persona compareciente había solicitando en 1984 la pensión de viudedad, por haber convivido durante 40 años, con un Oficial del Ejército, teniendo tres hijos, sin que el Consejo Supremo de Justicia Militar hubiera resuelto su pretensión a pesar de su precaria situación económica.

Por el Ministerio de Defensa se nos informó que la instancia remitida por esta persona se encontraba paralizada, por cuanto faltaba el requisito formal de la firma y el Gobierno Militar correspondiente no había podido contactar con la misma.

Siéndonos participado por la persona compareciente que no había cambiado de domicilio desde entonces, se tuvo a bien por esta Institución sugerir al Ministerio de Defensa que tramitará su solicitud con carácter de urgencia.

En otra Queja, número 15420/85, se efectúa la misma sugerencia al Ministerio de Defensa y se señala la pertinente pensión, en octubre de 1986, a una persona, que había convivido con otro militar durante 26 años y había presentado su instancia en 1983.

Carencia de cobertura de algunos supuestos

La Disposición Adicional 10ª de la Ley de Divorcio, tal como antes se ha resaltado, viene a establecer la relevancia jurídica, a efectos de causación de pensión de ciertas relaciones de hecho no encuadradas dentro de la institución del matrimonio.

No obstante, esta Disposición Adicional únicamente brinda cobertura en aquellos casos en los que el fallecimiento del causante se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la expresada Ley.

Hay que constatar que se vienen recibiendo escritos de Quejas (número 7686/87 y otras) de personas, cuyos compañeros, con los que han estado conviviendo, han fallecido con posterioridad a esa entrada en vigor, motivo por el cual, el Consejo Supremo de Justicia Militar, apreciando que no existía impedimento legal alguno para haber contraído matrimonio después de la promulgación de la Ley de Divorcio, les ha denegado la pensión correspondiente.

En muchos casos estas personas se encuentran desamparadas económicamente, con hijos a su cargo y sin otra posibilidad asistencial.

Hay que resaltar en el presente informe la posible injusticia que se origina en estos casos, al obligar a estas personas a contraer matrimonio, para tener derecho a la pensión de viudedad y la posible infracción de los artículos 14 (por la discriminación que supone) y 16 (en relación a la libertad ideológica y de pensamiento de los individuos) de la Constitución española.

Tampoco hay que olvidar que, en algunos supuestos, estas personas no han podido contraer matrimonio con posterioridad a la Ley de divorcio, por cuanto el procedimiento de divorcio con la persona casada se encontraba en trámite en el momento de producirse el fallecimiento.

Estos antecedentes se ponen en conocimiento de esas Cortes Generales a los fines que se valore la conveniencia de proceder a una reforma normativa en esta materia, que respete el criterio de igualdad, siéndoles, en definitiva, reconocidas estas pensiones, una vez acreditada, real y efectivamente, la convivencia prolongada.

Estatuto de Clases Pasivas de 1926

Por otra parte se han continuado recibiendo escritos de Quejas de militares, y sus familias, que se encuentran, por sus años de servicio, acogidos al Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926, por el perjuicio e injusticia económica que este régimen supone en cuanto al señalamiento o devengo de sus haberes pasivos.

Esta cuestión ha sido reiteradamente planteada ante la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas y el Ministerio de Hacienda, sin que hasta el presente haya sido posible articular una fórmula que solucione este problema.

c) Extensión de la cobertura de prestación de asistencia sanitaria

Sobre este capítulo, únicamente hay que resaltar una reciente intervención del Defensor del Pueblo ante el Ministerio de Defensa.

El Real Decreto 1682/1987, de 30 de diciembre, en relación al tema de

prestaciones de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social, ha venido a suprimir el límite existente de edad (26 años) que, salvo en ciertos casos excepcionales, venía siendo exigido para que los descendientes, hijos adoptivos y hermanos del titular pudieran poseer las condiciones de beneficiarios de las referidas prestaciones.

Por lo anterior, y habida cuenta que el artículo 32.6 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, determinaba que la condición de beneficiario de asistencia sanitaria en los regímenes especiales de la Seguridad Social, se adecuara a lo dispuesto para el Régimen Especial, esta Institución ha remitido recientemente un escrito de estas iniciativas de equiparación en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

El Ministerio de Defensa recientemente ha informado al Defensor del Pueblo sobre la adopción de esta medida.

2.3.5 Amnistía

Sobre este capítulo se siguen recibiendo escritos de posibles beneficiarios de la Ley 37/84, de 22 de octubre de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República.

Los escritos más numerosos hacen referencia a las dificultades que encuentran estas personas para conseguir la documentación que acredite sus nombramientos durante la pasada guerra civil.

En algunos casos, esta documentación no se encuentra ya en los archivos judiciales, bibliotecas y otros Organismos, al haber desaparecido por el transcurso del tiempo.

El Defensor del Pueblo proporciona a estos ciudadanos una lista completa de Organismos y Dependencias donde pueden acudir a solicitar esta información.

Como Queja concreta a resaltar, hay que poner de relieve la número 4194/87, en la que los familiares de un Alcalde fallecido en 1939 como consecuencia de la pena impuesta en un Consejo de Guerra, solicitan la mediación del Defensor para que les sea proporcionado, no únicamente un testimonio de la condena, sino también de todas las actuaciones y documentación del procedimiento.

Efectuada una consulta al Ministerio de Defensa, se ha informado a la persona compareciente la no posibilidad de acceder a esta pretensión por cuanto el mismo pudiera afectar a otros bienes jurídicos también dignos de protección.

Así el Ministerio de Defensa nos ha informado:

"... Es necesario recordar también los límites que establece la Constitu-

ción para el acceso a archivos y registros administrativos –seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos e intimidad de las personas–, cuanto más para los archivos de naturaleza judicial, en los que obran decisiones o manifestaciones que han gravitado sobre la vida o la libertad de las personas.

Sobre estos principios de inexcusable cumplimiento, este Departamento, y en lo que se refiere al acceso a archivos judiciales, ha intentado conjugar el interés legítimo de herederos o parientes por conocer las causas que determinaron la privación de libertad, o incluso de la vida, de sus familiares con el derecho de quienes habiendo tenido cualquier intervención voluntaria o por razón de cargo, en tales procedimientos, tienen, por sí o por sus herederos, a que la divulgación de aquella no se preste a difamación ni les haga desmerecer en la consideración ajena o puedan ser objeto de represalías.

Por ello se ha accedido siempre a la expedición de testimonios completos de las resoluciones judiciales fundamentales: sentencias, autos de sobreseimiento; pero no se ha autorizado el acceso a declaraciones testificales o periciales, y por ello se han denegado testimonios de procedimientos completos, como parece haber sido el caso del Sr. ..."

Otras Quejas hacen relación a los retrasos originados en el Ministerio de Defensa y en el de Economía y Hacienda durante la tramitación de los expedientes presentados, así como a la falta de normativa en este último Departamento dando las instrucciones oportunas para el cumplimiento de la Sentencia número 116/1987, de 7 de julio, del Tribunal Constitucional.

2.4 SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES

2.4.1 Estado de las sugerencias que constan en informes anteriores

2.4.1.1 *Reclamación por error judicial en el ámbito de la Jurisdicción Militar*

Esta Institución, como también se ha infomrado a las Cortes Generales, se dirigió al Ministro de Defensa solicitando la articulación de un cauce para la reclamación por un error judicial en esta Jurisdicción especial.

Aquel Departamento, en el mes de julio de 1987 informó que el Presidente del Consejo de Estado se había dirigido al Ministro de Defensa dictaminando que la competencia resolutoria de los expedientes de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia compete también en estos casos al Ministerio de Justicia, de acuerdo con una interpretación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2.4.1.2 Modificación de la Ley 20/1981, de 6 de julio, de Reserva Activa

Esta sugerencia, cuya finalidad, como se expresa detenidamente en otros informes, era la integración de un cierto colectivo de militares retirados en los beneficios establecidos por aquella Ley, todavía no ha sido desarrollada por el Ministerio de Defensa.

Unicamente reseñar, en este apartado, que siguen llegando quejas a esta Institución sobre esta temática.

2.4.1.3 Cuestionarios de seguridad del Ministerio de Defensa repartidos a trabajadores de ciertas empresas.

Esta sugerencia, según consta en otros informes, hacía relación a la posible modificación de algunas preguntas de estos cuestionarios, por la posible vulneración de los derechos de la intimidad personal y familiar de la persona.

El Gobierno, por la vía de la contestación anual al informe del Defensor del Pueblo (Gestión del año 1986), ha participado a esta Institución que estos cuestionarios (MSI-02) son ofrecidos únicamente al trabajador, para su cumplimentación voluntaria.

En caso contrario, la única consecuencia que conlleva para aquél es el no acceso a la información clasificada y a los puestos laborales que implican su utilización.

No obstante la continuación del Ministerio de Defensa en la utilización de estos cuestionarios, se nos ha participado, en la línea de la sugerencia remitida por el Defensor del Pueblo, que la fórmula del juramento o promesa de que la información facilitada se atiene a la verdad, ha sido sustituída por una manifestación de decir verdad en todo el cuestionario excepto en lo que se refiere al apartado 13 del mismo (actividad en asociaciones políticas, sindicales, recreativas, etcétera).

Por otra parte, tal como también había sido puesto de relieve por esta Institución, la no cumplimentación del mismo únicamente ha de traer como consecuencia la denegación o retirada de la garantía de seguridad en el trabajo, sin la existencia de "otras posibles responsabilidades" (expresión literal antes contenida en este cuestionario).

2.4.1.4 Aplicación a las Clases de Tropa y Marinería del Régimen de Seguridad Social desde la entrada en vigor de la Ley 27/1975, de 27 de junio

El Real Decreto 545/1986, de 7 de marzo, determinó que la aplicación efectiva del Régimen de Seguridad Social para los soldados y marineros habría de partir de la fecha de 1 de julio de 1986.

Recibiéndose nuevas quejas de soldados accidentados en el servicio militar con anterioridad a esa fecha, el Defensor sugirió al Ministerio de Defensa la posibilidad de que el inicio de la prestación de estos beneficios de la Seguridad Social se retrotrayeran al momento de la entrada en vigor de la Ley 28/1975, de 27 de junio, por cuanto esta Norma en definitiva era la que había creado en el Orden Jurídico este Régimen especial.

El Ministerio de Defensa, una vez emitido informe de la Asesoría Jurídica General y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, informó al Defensor la no aceptación de esta sugerencia al no haberse previsto expresamente la retroactividad de estos beneficios.

2.4.2 Sugerencias que constan en informes anteriores y que han sido aceptadas y desarrolladas por la Administración.

2.4.2.1 Cobertura de desempleo a favor de militares cuyos compromisos con el Ejército han sido rescindidos

Esta sugerencia había sido remitida al Ministro de Defensa en julio de 1984, y tenía como objeto, como consta en informes anteriores, cubrir la situación de desprotección económica en la que se encontraba un elevado número de militares licenciados después de una continuada trayectoria de servicios.

En la expresada sugerencia se participaba a aquella Autoridad que la adopción de esta iniciativa podría sumirse por analogía a lo dispuesto en el Real Decreto 1167/1983, de 27 de abril, en lo que se refiere a la inclusión de estos beneficios por desempleo para el personal contratado de colaboración temporal y de los funcionarios de empleo de la Administración Pública.

Pues bién, esta sugerencia ha sido expresamente aceptada por el Gobierno, siguéndose la equiparación normativa que había sido propuesta, en cuanto al personal contratado administrativo, y dictándose, en consecuencia, dos Reales Decretos, el primero del Ministerio de Defensa, número 471/1987, de 3 de abril, por el que se establece el régimen de indemnización a percibir por el personal de las Escalas de Complemento y Reserva Naval y Clases de Tropa y Marinería Profesionales, y el segundo, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, número 474/1987, de 3 de abril, por el que se extiende la protección por desempleo al personal de las Escalas de Complemento y Reserva Naval y Clases de Tropa y Marinería Profesional.

No obstante un elevado número de militares, fundamentalmente de Complemento y Cabos 1°, continúa compareciendo ante el Defensor del Pueblo, expresando su disconformidad con la política de rescisión de sus contratos seguida por el Ministerio de Defensa.

2.4.2.2 Extensión de los beneficios de la asistencia sanitaria del ISFAS, a las personas que conviven maritalmente con el titular del derecho

En el informe del año pasado se resaltaba que esta sugerencia, formulada al Ministro de Defensa en junio de 1985, de acuerdo con el artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, que permite a esta Institución promover la reforma de normas injustas para los administrados, se estaba estudiando por los Organos competentes de aquel Departamento ministerial.

Felizmente, ha sido ha sido dictada la circular número 4.20/87 del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, sobre reconocimiento como beneficiaria o beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria de la persona que convive maritalmente sin ser cónyuge con el titular del derecho, así como de los hijos de aquélla.

2.4.2.3 Posibilidad de un control Judicial efectivo sobre ciertos actos discrecionales del Ministerio de Defensa

También en el informe anterior se informaba sobre la sugerencia trasladada al Ministerio de Defensa en febrero de 1987, a los fines de que ciertos actos discrecionales de este Departamento, en particular aquellos en los que se procede a denegar a un militar el ascenso solicitado por sus méritos, fueran recurribles ante los Tribunales de Justicia en afirmación del artículo 24 del Texto constitucional.

Este obstáculo, por otra parte, aparecía recogido en la Ley 81/1980, de 20 de diciembre, de ascensos honoríficos, del personal retirado de los tres Ejércitos, Guardia Civil y Policía Nacional ("B.O.E." número 23, de 27 de enero de 1981).

El Ministerio de Defensa, finalmente, una vez consultada su Asesoría Jurídica General, admite la recurribilidad de estos actos administrativos, por una interpretación integral de las normas jurídicas.

En consecuencia, los Consejos Superiores de los Ejércitos elevan propuestas sobre esta materia a las autoridades competentes para decidir estos ascensos, Ministro y Jefes de los Estados Mayores, y las resoluciones de estos Organos serán recurribles jurisdiccionalmente.

2.4.2.4 Consideración de Suboficial a favor de miembros de la Guardia Civil en situación de retirados

El Real Decreto 1970/1983, de 22 de junio, venía a establecer una serie de beneficios asistenciales y honoríficos y en particular la consideración de Suboficial, para las Clases de Tropa de la Guardia Civil con más de seis años de servicios.

El Defensor del Pueblo surgirió al Ministerio de Defensa que estos beneficios no se aplicasen únicamente a los Guardias Civiles en situación de actividad, sino, por la misma razón, al elevado número de Guardias Civiles retirados.

Esta sugerencia ha sido admitida por el Ministro de Defensa, una vez emitido informe favorable de la Dirección General de la Guardia Civil.

En el informe remitido por aquel Departamento se expresa:

"El Defensor del Pueblo fundamenta la sugerencia en dos razones; de una parte, al entender que donde la Ley no distingue no se debe distinguir, sobre todo si es en perjuicio de la persona o supone una restricción de sus derechos, y en este caso en concreto la Disposición que otorga tratamiento y consideración de Suboficial a las Clases de Tropa de la Guardia Civil, no hace distinticiones sobre su situación militar, por ende de activo o retirado; y de otra, que la queja en cuestión tiene por objeto la obtención de beneficios puramente asistenciales, que deberían predicarse con más razón del militar retirado.

Las razones expuestas por el Defensor del Pueblo, al admitir la sugerencia, la naturaleza puramente asistencial de los beneficios que se solicitan, que evidentemente son más necesarios si cabe al pasar a retirado, juntamente con los informes favorables por parte del Centro Directivo y Organo de Mando del Benemérito Cuerpo de la Guardia Civil, en cuyo personal se dan unas circunstancias de profesionalidad en sus Clases de Tropa muy específicas dentro de las Clases de esta índole de las Fuerzas Armadas, tienen entidad suficiente para la ampliación de los beneficios solicitados por parte del señor Ministro y dentro del marco específico del citado Real Decreto de la Guardia Civil aplicando en su consecuencia dichos beneficios desde su entrada en vigor, al personal que reúna aquellas condiciones, ya esté en activo o en retiro."

2.4.2.5 Información de oficio sobre derechos y otros aspectos a los familiares de soldados fallecidos en el servicicio militar

El Ministerio de Defensa, acogiendo esta iniciativa, elabora unas instrucciones, a través de la Dirección General de Personal, que recoge la legislación en vigor en materia de Asistencia Social, resaltando los aspectos relacionados con la tramitación de estos expedientes.

Por lo que se refiere al aspecto concreto del señalamiento de derechos pasivos para los soldados fallecidos en acto de servicio, el Ministro de Defensa ha cursado unas instrucciones sobre el apoyo que debe prestarse a los familiares y herederos legítimos, y ha comunicado la necesidad de que asista a estos un Oficial o Suboficial en los trámites previos para obtener el reconocimiento del derecho.

2.4.3 Otras sugerencias

2.4.3.1 Instrucción, por parte de los Jueces y Tribunales Militares, de causas criminales y no diligencias previas, en caso de hechos presumiblemente delictivos

Desde el inicio de esta Institución han venido compareciendo diversos familiares de soldados fallecidos en el servicio militar, expresando su disconformidad con la investigación judicial practicada por parte de los jueces y tribunales militares.

Estas personas nos informan que no se les ha ofrecido la posibilidad de ser parte en el procedimiento judicial instruído en estos casos, y que la resolución final recaída ha sido, generalmente, archivada sin darles cuenta o notificarles su contenido.

El Defensor del Pueblo comprobó que era práctica habitual la instrucción, en caso de estos fallecimientos, de diligencias previas, y no de causas criminales.

Por ello se remitió un escrito al Ministro de Defensa, poniendo de relieve que en caso de fallecimientos de soldados por muerte violenta, y en otros análogos en que se pueda deducir la existencia de indicios de responsabilidad delictiva, ha de realizarse una investigación pormenorizada, instruyéndose una causa criminal, sin que se utilice la vía sencilla de la apertura de las diligencias previas por parte de la Autoridad judicial militar, y su trámite de archivo.

Parece más indicado, en efecto, utilizar la vía de la causa criminal para estas investigaciones, por las garantías y efectos, más acorde con el artículo 24 de la Constitución, que ese procedimiento lleva implícito.

El Ministro de Defensa contestó al Defensor del Pueblo aceptando la sugerencia antes expuesta y dando traslado, en consecuencia, de unas instrucciones impartidas a tal efecto por el Fiscal Togado de la Jurisdicción Militar.

En estas instrucciones de la Fiscalía Togada se especifica lo siguiente:

"Es lo cierto, sin embargo, que, con excesiva frecuencia, se está produciendo en la Jurisdicción Militar un uso desmesurado de las diligencias previas, que ya no sólo se emplean en los casos en que existe duda de principio sobre si los hechos son o no constitutivos de delito, sino que, en divergencia del deseo y voluntad del legislador, se usa de esta técnica procedimental cuando el suceso objeto de investigación tiene clara naturaleza delicitiva.

Así viene sucediendo con ocasión de muertes con violencia acaecidas en la órbita de competencia de la Justicia Militar, en que la intervención de una mano homicida se revela evidente y racionalmente descartable la hipótesis del suicidio.

Pero es que, incluso cuando éste aparezca posible, la instrucción de una

causa criminal se revela como el mecanismo más adecuado y eficaz para análisis y depuración del suceso al permitir la intervención en el proceso del Ministerio Fiscal y de las demás partes interesadas que, no sólo van a coadyuvar en la administración de la justicia, sino que no van a ver cercenadas de raíz sus legítimas expectativas de participar en un proceso en el que pueden tener graves intereses."

Finalmente, se acuerda lo siguiente:

"Este criterio que se deja expuesto constituye el punto de vista de la Fiscalía Togada, inferido de la experiencia acumulada y que refleja las deficiencias y perturbaciones que ocasiona el uso inadecuado de las diligencias previas. A esta misma conclusión ha llegado también el Defensor del Pueblo, quien, a través de diversas denuncias, ha tenido ocasión de comprobar las consecuencias de tal proceder y ha resuelto exponer el problema a las Instituciones competentes en demanda de las oportunas soluciones.

Por todo lo expuesto, este Fiscal Togado entiende que los Fiscales Jefes de la Jurisdicción Militar pudieran instar de los órganos judiciales competentes la instrucción de causa criminal en todos aquellos casos de muerte violenta y, en general, de hechos que hayan producido resultados objetivamente delictivos, para la depuración de las responsabilidades que pudieran derivarse de tales hechos, y, de esta manera, puedan ejercitar la facultad de personación en el sumario cuando lo consideren oportuno, así como aquellas otras a que se refiere el artículo 491 del Código de Justicia Militar."

I. Informes anuales del Defensor del Pueblo al Congreso de los Diputados

2. Informe anual de 1987

1. AMBITO DE COMPETENCIAS

Este Area tiene como competencia el análisis de las quejas recibidas cuyo contenido afecta al ámbito de los Ministerios de Defensa e Interior.

Se evalúan las posibles infracciones de los derechos fundamentales u otras irregularidades administrativas, denunciadas por los ciudadanos, y que se correspondan con la actividad de esos Departamentos o de sus funcionarios.

Por otra parte, se estudian las quejas formuladas en relación con la Administración de Justicia Militar, remiténdose las mismas, por analogía con lo dispuesto en el artículo 13 de nuestra Ley orgánica, al Ministerio Fiscal de esta Jurisdicción. El método operativo establecido para el esclarecimiento de aquellas quejas que se formalizan ante la Administración, es remitirlas

a los Organismos competentes, con objeto de obtener la información adecuada.

Complementariamente a la tramitación de estas Quejas remitidas por los ciudadanos, se encuentran aquellas otras investigaciones que realiza el Defensor del Pueblo, como consecuencia de denuncias, informaciones recibidas por distintos cauces o simplemente actuaciones de oficio, que lleva aparejada la visita de los Organismos o centros afectados (Gobiernos Civiles, Comisarías, centros de detención, etc.).

En total, y considerando una y otra vía de inicio de un expediente o queja, durante 1986, el Area de Defensa e Interior ha recibido y tramitado un total de 1.128, de las cuales 527 han sido formalizadas ante la Administración competente; 601 no lo han sido, por no reunir los requisitos exigidos para ello en la Ley Organica del Defensor del Pueblo. No obstante, todas han sido contestadas aportando al ciudadano información adecuada sobre las razones por las que no se formaliza su queja y de las vías más adecuadas u oportunas para resolver el problema que planteaba.

Procede ahora, en consecuencia, abordar el estudio, por bloques de materias, de aquellas quejas cuya tramitación dio un resultado positivo y pudo resolverse la cuestión suscitada.

2. *QUEJAS FORMALIZADAS ANTE LA ADMINISTRACION Y CONCLUIDAS CON UN RESULTADO FAVORABLE*

Del conjunto de quejas que han sido formalizadas ante la Administración, destaca un grupo considerable de ellas que han conducido a un esclarecimiento de los fundamentos legales o simplemente criterios interpretativos del ordenamiento con los que se han dictado actos o adoptado acuerdos, en relación con los cuales, los ciudadanos que acudieron al Defensor del Pueblo mostraban su desacuerdo. Puede decirse que en todos estos casos se pudo disipar plenamente la duda suscitada por la queja sobre la presunción de actuación legal y correcta de los Organismos administrativos.

Pero ha habido otros supuestos en los cuales la queja se ha revelado con fundamento, provocando que la Administración rectificase sus errores de interpretación de la norma o de su aplicación del ordenamiento vigente, dando lugar a nuevos actos administrativos o simples resoluciones, que han venido a reconocer el derecho negado anteriormente al ciudadano.

Estos son los suspuestos que, de forma específica y agrupados por bloques de materia, abordamos seguidamente:

2.1 En el ámbito del Ministerio de Defensa

En este apartado se recogen aquellas cuestiones que han sido tramitadas con el Ministerio de Defensa, teniendo en cuenta que afectan por igual a

ciudadanos que ostentan la condición de militares profesionales, como a ciudadanos que se relacionan con dicha Administración, tanto en razón a las circunstancias del cumplimiento del servicio militar, como aquellos otros que invocan la objeción de conciencia. Además, han de incluirse las quejas provenientes de terceras personas que se relacionan con la Administración militar, como pueden ser contratistas, proveedores, situaciones creadas por accidentes de tráfico, y otros variados supuestos que no es necesario enumerar exhaustivamente.

2.1.1 Prestación del servicio militar

En este apartado se valoran los resultados de las quejas presentadas por los ciudadanos o sus familiares, con motivo del cumplimiento del servicio militar o el reconocimiento de su condición de objetor, pues no ha de olvidarse que si bien existe una relación especial de sujección entre un ciudadano del servicio militar, sus derechos constitucionales siguen plenamente vigentes, y han de ser respetados.

A) Prórrogas y exclusiones

a) Un primer grupo lo constituyen las Quejas presentadas principalmente por familiares de soldados, en muchos casos incorporados voluntariamente a unidades de operaciones especiales del Ejército, donde sufren crisis, depresiones y continuos arrestos, consecuencias de la corrección de actos realizados en tales condiciones (Quejas números 9.305/86, 14.816/85, 11.131/85, 5.592/86, 597/86 y 15.968/85, entre otras).

Esta circunstancia de aislamiento de personas que sufren de "psiconeurosis", oligofrenia o ataques epilépticos, aún cuando han sido inmediatamente resueltos por los Tribunales Médicos Militares, tras la intervención del Defensor del Pueblo, revela la insuficiencia de los estudios médicos previos a los alistamientos. Ha de añadirse a esta circunstancia la falta de atención de algunos mandos directos de la tropa, que deberían reconocer los síntomas de estas enfermedades y adoptar los medios clínicos necesarios y no precisamente aumentar la tensión emocional de estos enfermos con medidas disciplinarias y correctoras que son contraproducentes.

La especial atención que las autoridades militares han de poner en la etapa previa a la incorporación, así como durante el tiempo de permanencia en filas de los mozos para detectar y tratar adecuadamente estos enfermos, encierra especial importancia si se tiene en cuenta que estas personas enfermas tienen acceso al uso continuado de las armas, con el peligro que supone para sus propias vidas y las de los que conviven con ellos. La cifra de accidentes por armas de fuego o muertes por suicidio es lo suficientemente alarmante como para que las autoridades militares tomen las más urgentes

y severas medidas en este sentido, como ya se está realizando por el Ministerio de Defensa.

b) Otro grupo de quejas resueltas favorablemente, se refiere a la obtención de prórrogas de incorporación a filas en casos de importancia comprobada y que no habían sido debidamente valoradas en su momento por la autoridad competente.

Así, desde los casos de padres de familia, a los de aquellos que están afectados por el síndrome tóxico y aún en tratamiento; o aquellos otros casos en que ha sido necesario intervenir para que valoren adecuadamente las causas que aconsejaban conceder un traslado de Región Militar, o la reducción a la mitad del servicio militar por tener más de veintiocho años la persona en cuestión.

B) Accidentes y fallecimientos

En este apartado se incluyen aquellas quejas que se han tramitado por resolver situaciones de invalidez o daños sufridos por soldados que prestaban el servicio militar.

Así, el supuesto de un soldado que al serle inyectada una vacuna sufrió la paralización de parte del cuerpo y el Defensor del Pueblo obtuvo la revisión clínica de su expediente, el reconocimiento de la causa de la lesión y la incorporación de esta persona al Cuerpo de Mutilados del Ejército, con los beneficios que de ello se deriva. En otros casos y con vista a conseguir la definitiva incorporación a dicho Cuerpo, ha sido necesario intervenir ante el Fiscal Togado, para agilizar causas penales, de cuya resolución dependía esta circunstancia.

De otra parte, han sido varias las ocasiones en que el Defensor del Pueblo ha debido intervenir ante el Ministerio de Defensa para obtener que las autoridades militares competentes informasen a los familiares de soldados fallecidos mientras prestaban servicio militar, sobre las causas de la muerte, así como el acceso al conocimiento de la autopsia.

En todos los casos, la reacción del Ministerio ha sido de plena colaboración impartiendo las instrucciones oportunas para que tal información se facilite e incluso tramitando posteriormente la pensión que correspondiese. La Queja número 7.686/86 puede citarse como ejemplo:

Compareció el padre de un soldado, fallecido en el servicio militar, poniendo de relieve que le habían sido denegadas las copias de las diligencias judiciales instruídas, en concreto, la diligencia de autopsia, por el Capitán General del Primera Región Aérea. El Ministerio de Defensa, a instancias de esta Institución, accedió a la expedición a este ciudadano de dicho documento.

Por el contrario, en otras ocasiones, la queja ha de solventarse solicitando la colaboración del Fiscal General del Estado. Exponente de este tipo de actuaciones es el caso de un soldado muerto ahogado en el puerto de

Cartagena. Inhibida la Jurisdicción Militar, el Juzgado de Instrucción número 2 de Cartagena había instruído diligencias previas, sobreseídas y de las que no habían tenido conocimiento los familiares.

Ante el requerimiento de la familia, el Defensor admitió estos antecedentes ante el Fiscal General del Estado, quien informó al respecto en los siguientes términos:

"Al haberse omitido por el Juzgado las diligencias de ofrecimiento de acciones, a petición fiscal, se procede en el día de hoy a realizarlo a fin de que, si lo desean los demandantes, se personen en el procedimiento."

Ver, más adelante, en el apartado 3.1.2, un tratamiento más amplio de este problema.

C) Objección de conciencia

Sin perjuicio de que esta Institución haya recurrido ante el Tribunal Constitucional la Ley de Objeción de Conciencia, su entrada en vigor y, en consecuencia, su aplicación, ha producido distintas quejas de objetores que han sido debidamente atendidas al margen de la labor informativa realizada por los asesores del Area con respeto a las múltiples consultas que se han hecho al respecto.

Debe destacarse el criterio ecuánimemente abierto de la Comisión Nacional de Objeción de Conciencia, lo que ha conducido a reconocer la condición de objetor con laudable flexibilidad.

No obstante lo anterior, en algún caso concreto se han producido actuaciones irregulares por parte de las autoridades militares intervinientes, como es el caso de la Caja de Reclutas 511, de Zaragoza, donde un objetor fue sancionado con una multa de 20.140 pesetas. Una vez tramitada su queja por el Defensor le fue revocada dicha sanción (Queja número 13.538/85).

Cuestión diferente es la más delicada de los supuestos de objeción de conciencia sobrevenida durante el tiempo de permanencia en filas. Sin perjuicio de lo que el Tribunal Constitucional decida, como la Ley está vigente y exitiendo un período previo en que puede hacerse tal declaración con plenas garantías, la objeción de conciencia, declarada una vez hecha la incorporación, acarrea medidas disciplinarias, éstas no pueden considerarse como ilegales, por cuanto tal supuesto no está expresamente previsto en la Ley y, en todo caso, aún no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.

No obstante, el Defensor del Pueblo, por razones humanitarias, no ha permanecido al margen de esos casos concretos, cuando le han sido presentados, interesando del Ministerio de Defensa la información adecuada o el ingreso en hospitales, en aquellos casos en que el objetor se encontraba en huelga de hambre (Queja número 9.802/86).

Por último, es necesario resaltar la necesidad de que a la mayor urgencia se elabore por el Gobierno el Reglamento de la Ley 8/84, de 26 de diciembre, en cuanto que es imprescindible regular la prestación social sustitutoria a que se refiere la Constitución en su artículo 30.2.

El no hacerlo está generando una situación injustificada de desigualdad entre los ciudadanos pues, sujetos por igual al deber constitucional, unos cumplen con su servicio militar ordinario y otros se declaran objetores de conciencia, optando por la prestación social sustitutoria que, al no estar regulada, no se está realizando.

A ello han de añadirse las múltiples peticiones llegadas hasta el Defensor del Pueblo de aquellos objetores que desean cumplir cuanto antes la prestación social sustitutoria, siéndoles extraordinariamente perjudicial el transcurso de los años sin regular esta situación de servicio militar cumplido o actividad sustitutoria (por ejemplo, para el acceso a la función pública o seguir los cursos del MIR).

2.1.2 Situaciones de miembros de las Fuerzas Armadas

La Ley orgánica del Defensor del Pueblo no impide que los militares profesionales puedan dirigirse a esta Institución directamente, planteando sus quejas en cuanto funcionarios y en su relación con la Administración militar, si consideran que han sido vulnerados algunos de sus derechos fundamentales o simplemente se está actuando de forma irregular.

Por el contrario, queda fuera del ámbito de competencia del Defensor del Pueblo, el conocimiento de aquellas cuestiones que se corresponden estrictamente con el mando de la defensa nacional y las decisiones de orden organizativo, táctico u operativo que ello conlleva (artículo 14 de nuestra Ley Orgánica).

a) Son muchos los casos en que ha sido posible alcanzar una solución satisfactoria y así, a título de ejemplo, cabe citar el caso de un legionario detenido y procesado por desertor, que reclamaba el pago de haberes que se le adeudan, lo que se consiguió al tramitar la Queja (número 8.191/86); o también la presentada por un Teniente Coronel del Ejército que comunicó al Defensor no haber obtenido resolución expresa a un recurso de alzada, formulado ante el Ministro de Defensa, por no haber sido admitido a un curso militar; ante el silencio administrativo, había interpuesto recurso contencioso-administrativo y, en este trámite, la Sala IV de la Audiencia Territorial de Madrid, había reclamado del Ministerio de Defensa reiteradamente el expediente administrativo sin resultado. Una vez formalizada esta queja, el Ministerio de Defensa resolvió expresamente este recurso, y se remitieron todas las actuaciones a la Audiencia Territorial, en cumplimiento de los requerimientos emitidos (Queja número 826/86).

Igualmente, la Queja presentada por otro Oficial del Ejército que había sido expulsado del mismo, en virtud de una Orden Ministerial, la cual cumplimentaba la pena accesoria de separación del servicio, que le había sido impuesta, además de la principal, por un Consejo de Guerra. Habiendo entrado en vigor el nuevo Código Penal Militar, con fecha 1 de junio de 1986, el Defensor del Pueblo, habida cuenta que la infracción de aquel oficial ya no era conceptuada como delito, solicitó, por una debida aplicación del principio de retroactividad, la revisión de la pena accesoria impuesta, y, en definitiva, la revocación de la Orden Ministerial aludida. El Ministerio de Defensa, procedió a esta revocación, incorporando a este profesional a su destino militar (Queja número 6.280/86).

b) En otro orden de cosas, la intervención del Defensor del Pueblo ha sido necesaria también para conseguir que determinados derechos de militares fallecidos sean reconocidos a su familiares. Es el caso de las gestiones realizadas por el Defensor cuando el padre de un sargento del Ejército manifestó que después de haber fallecido su hijo en accidente causado en el servicio, no conseguía cobrar la póliza que al efecto tenía suscrita con una Compañía aseguradora. Al parecer, se le había denegado esta indemnización, por virtud de lo establecido en las condiciones generales de la póliza, que excluía de esta cobertura a los accidentes sufridos por el asegurado en situación de embriaguez. No obstante, y al comprobarse en las diligencias Judiciales instruídas que la causa de su muerte no había sido su embriaguez, sino la de un tercero, también Sargento, que le originó aquella por arma de fuego, solicitó una reconsideración de este resultado, consiguiéndose la realización de la póliza, mediante pago en su favor de la cantidad estipulada para estos casos (Queja número 9.852/86).

c) En otros casos, se trataba de ver reconocidos legítimos derechos a obtener una pensión como es el caso de aquellas personas que habían solicitado, en 1983, el señalamiento de la pensión que pudiera corresponderles, por haber convivido, sin contraer matrimonio, con profesionales del Ejército, sin que hasta el momento se resolviera su pretensión.

El Ministerio de Defensa, admitidas a trámite estas quejas, informó al Defensor acerca de la aplicación efectiva que se viene haciendo, por el Consejo Supremo de Justicia Militar, de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de divorcio; informó asimismo, que se habían cursado las instrucciones oportunas para el urgente señalamiento de aquellas pensiones, resolviendo, en consecuencia, las instancias de dos solicitantes (Quejas números 1.395/85 y 15.420/85).

d) Por último, en este apartado de la intervención a favor del reconocimiento de derechos sociales de militares, cabe recordar aquí el caso de un interno de la Prisión de Santa Cruz de Tenerife, de condición militar, que informó al Defensor del Pueblo, durante la visita efectuada a este Centro por sus asesores, de la paralización de que venía siendo objeto un expediente de inutilidad, que se le instruía en la Delegación Provincial del ISFAS.

Efectuadas las correspondientes gestiones, se resolvió este expediente, percibiendo esta persona los haberes que le corresponden (Queja número 4.674/86).

2.1.3 Reclamaciones por responsabilidad del Ministerio de Defensa

En este apartado se incluye la tramitación de todas aquellas quejas que se presentan con motivo del retraso, o la no actuación de la Administración militar, cuando con motivo de su actuación ordinaria produce daños a terceros y en consecuencia es responsable en cuanto a la indemnización o simplemente con motivo de obras y servicios, se producen diversas irregularidades.

Así, por ejemplo, y en cuanto a este último punto destaca la Queja número 3.864/86, en virtud de la cual se desbloqueó el expediente de pago de 585.000 pesetas que el Ejército adeudaba a una persona, con motivo de ciertos suministros librados en 1985 y no pagados.

En cuanto a las intervenciones por razón de quejas que afectan a la responsabilidad económica de la Administración, merecen recogerse tres supuestos concretos:

Queja número 20.351/84

En razón a la tramitación del expediente, que ha dado origen a varias comunicaciones al Ministerio de Defensa, e, incluso al Consejo de Estado, los padres de un soldado, fallecido en el Servicio Militar, perciben la cantidad de 5.000.000 de pesetas, en concepto de indemnización (artículo 40 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

Queja número 759/86

La persona compareciente informa al Defensor haber sufrido diversas pérdidas, en las fincas de su propiedad, y en su maquinaria agrícola, con motivo del accidente de un avión militar ocurrido en septiembre de 1982.

Concluído el expediente indemnizatorio por resolución del Ministro en 1984, concediendo a este ciudadano una indemnización (1.147.923), aún no había sido satisfecha.

Inmediatamente a su admisión, se comunica al Defensor la trasferencia de esta cantidad a la cuenta corriente del promovente de la queja.

Queja número 5.147/86

En este expediente se solicitó la agilización de sendos procedimientos judicial y administrativo, respecivamente, ocurridos con motivo de las graves lesiones ocasionadas por un soldado a una hija del promovente, como consecuencia de los disparos accidentales de un miembro de una patrulla militar.

Al fin, recae resolución judicial, en la que se confirma el pronunciamiento de responsabilidad civil subsidiaria del Estado, que es considerado muy favorable por esta Institución, habida cuenta que la regla general es que los soldados, incorporados al Servicio Militar, carezcan de disponibilidad económica suficiente a estos efectos.

3. OTROS PROBLEMAS DE CARACTER GENERAL DETECTADOS

3.1 Ambito del Ministerio de Defensa

3.1.1 En cuanto al criterio más favorable sobre la entrada en vigor del Código Penal Militar.

Publicado el nuevo Código Penal Militar, por Ley orgánica 13/1985. de 9 de diciembre, algunos ciudadanos, a través de sus letrados, solicitaron de los órganos jurisdiccionales militares la inmediata aplicación de su normativa, habida cuenta que en algunos casos contenía previsiones más favorables que la legislación anterior.

Fundamentalmente, se solicitó, por las personas condenadas a penas de privación de libertad, la revisión de sus condenas, y su puesta en libertad, cuando el nuevo Código no acogía como delictivas esas conductas o cuando imponía una sanción menor.

Habiendo solicitado esta Institución el criterio de los órganos jurisdiccionales militares, se informó que estas previsiones más beneficiosas, únicamente habrían de ser efectivas a partir del 1 de junio de 1986, por cuanto ésta era la fecha prevista en la referida Ley orgánica 13/1985 (Disposición Final) para su entrada en vigor.

No obstante este procedimiento, el Defensor del Pueblo entiende –y así lo comunicó los letrados de las personas comparecientes– que las nuevas normas, en cuanto afecten fundamentalmente a la libertad, han de tener una incidencia efectiva en la realidad jurídica, desde el momento de su publicación y no desde su entrada en vigor.

Este ha sido el cirterio de los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria, y de su Fiscalía, con motivo de la promulgación de algunos Cuerpos legales de naturaleza penal (Medidas urgentes de reforma del Código Penal) (Queja número 4.787/86).

3.1.2 Fallecimiento de soldados en el Servicio Militar

En estas Quejas, los padres de los soldados fallecidos durante su Servicio Militar solicitaron del Defensor del Pueblo su mediación ante el Ministerio de Defensa, a los fines de que se les informe pormenorizadamente de las causas de la muerte de sus hijos.

El Defensor requirió del Ministerio de Defensa esta información, e, incluso, copia de las diligencias judiciales instruídas cuyo conocimiento ha de ser proporcionado a estos familiares por su carácter de personas comparecientes, además, de las pensiones o indemnizaciones que pudieran corresponderles.

Así, en el expediente número 5.132/86, el padre de un soldado, que murió ahogado mientras prestaba un servicio de guardia como marinero, a causa de una enfermedad epiléptica, ponía de relieve a esta Institución no haber recibido pensión alguna por ese hecho, habida cuenta que el mismo se consideró como no producido en acto de servicio.

No obstante, se informó a esta persona de la posibilidad de pedir responsabilidad al Estado (artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) por cuanto su hijo no debía de haber sido incluído en filas (la epilepsia, según el Reglamento del Servicio Militar, es una causa de exclusión al mismo).

En otros casos, incluso, se remiten las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 25.1 de la Ley Orgánica reguladora del Defensor del Pueblo.

Así, en la Queja número 1.979/84, no obstante haberse decretado el archivo por la Autoridad Militar, de las actuaciones judiciales, instruídas con motivo del fallecimiento de un soldado ocurrido en Ceuta, en 1983, se decidió solicitar la intervención del Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, en atención a la documentación que nos fue aportada y a las manifestaciones de los padres del soldado, por los indicios existentes de posible responsabilidad (esta Autoridad cursó, en este caso concreto, las instrucciones oportunas para la reapertura del procedimiento).

Cabe resaltar, en este momento, y con relación a esta materia de fallecimiento de soldados, la importancia que tiene el que por la Jurisdicción Militar, se proceda a un esclarecimiento completo de estos casos, así como a informar a los familiares, en todo caso, y siempre que lo soliciten (Quejas números 7.800/86, 1.979/84, 11.379/86, 9.621/84, 5.132/86 y otras).

3.1.3 Libertad de expresión en las Fuerzas Armadas

Queja número 8.633/86

En esta queja, un soldado manifiestaba al Defensor haber sido objeto de un arresto, por remitir un artículo a una revista militar, cuyo contenido fue considerado no adecuado para su publicación.

Admitida a trámite esta Queja, por el Ministerio de Defensa se nos informó que el contenido de aquel artículo era contrario al decoro exigible a las Fuerzas Armadas, por lo que se procedió a la imposición de la sanción referida.

A la vista de estos antecedentes, esta Institución remitió una comunicación a aquel Departamento, en la que se consideraba no procedente la imposición de aquel arresto, sin perjuicio de valorar adecuada la decisión de no publicar el citado artículo, dado el contenido del mismo.

Ha de entenderse que los soldados, con las limitaciones que puede implicar el debido respeto a los intereses de la Defensa Nacional y disciplina de los Ejércitos, tienen garantizados todos sus derechos constitucionales y, en-

tre ellos, el de libertad de expresión del artículo 20.1. Por ello, es absolutamente improcedente sancionar a un soldado por el solo hecho de escribir un artículo, que no se refiere a las Fuerzas Armadas ni a sus superiores, ni a terceros y que, además, nunca llega a publicarse, porque la dirección de la Revista lo rechazó.

3.1.4 Control de la dogradicción en las Fuerzas Armadas

Durante este período, el Defensor se ha venido ocupando de escritos de personas adictas a diversas drogas y estupefacientes, realizando diversas gestiones a los fines de su rehabilitación.

En la Queja número 15.967/85, por ejemplo, un soldado, pertenenciente a la Brigada Paracaidista exponía al Defensor el tratamiento de que venía siendo objeto en el Ejército por esta causa.

En concreto, informaba que había tenido acceso a aquellas drogas dentro de la Unidad del Ejército en que se encontraba destinado. Que, posteriormente, cuando se encontraba en el Hospital Militar recuperándose, le había sido grabado un "vídeo", cuando padecía el "síndrome de absistencia".

Se admitió a trámite esta reclamación, y el Ministerio de Defensa remitió cumplido informe, al que adjuntaba un programa de prevención de drogas efectuado en las Fuerzas Armadas y en la Brigada Paracaidista en particular, así como una Instrucción General 16/1874, del Estado Mayor, sobre control de droga en el Ejército (PICODE).

Por otra parte, se nos informaba acerca de las medidas adoptadas para el control de acceso de aquellas sustancias en los acuartelamientos, y sobre la finalidad de prevención general e instrucción a que iba ser destinado el vídeo realizado a este soldado (que fue remitido íntegramente a esta Institución).

De la información remitida y visionado de la película, pudo comprobarse que en este caso el interesado había prestado su consentimiento, por lo que no se producía violación del derecho constitucional a la intimidad.

A la vista de estos antecedentes, el Defensor puso en conocimiento del Ministerio de Defensa su pleno acuerdo con el desarrollo de campañas de información, prevención y rehabilitación de drogadictos, significando, no obstante, que en la realización de estas filmaciones, han de garantizarse el debido respecto a la libertad e intimidad de la persona, en cuanto a su realización técnica, recabando además la autorización expresa previa y por escrito (Queja número 15.967 y otras).

3.1.5 Ingreso de mujeres en las Fuerzas Armadas

En estas quejas, se solicita información del Defensor sobre el posible acceso de las mujeres a las fuerzas armadas.

Esta circunstancia hace referencia, no sólo a la admisión de estas personas en algunas unidades del Ejército, sino también a la incorporación en las plantillas profesionales de las fuerzas armadas (Cuerpo Jurídico de Sanidad Militar, etcétera.)

El Defensor del Pueblo ha informado a las personas reclamantes, desde una perspectiva del artículo 14 de la Constitución, acerca de la legitimidad de sus derechos, no obstante la necesidad técnica de un desarrollo normativo de estas expectativas por parte del Ministerio de Defensa.

En todo caso, habrá de estarse al supuesto concreto que pueda plantearse en relación con las convocatorias de entrada en las Academias, estando el Defensor atento a que no se produzcan resoluciones discriminatorias o atentatorias a los derechos constitucionales de los aspirantes.

En este sentido –según se ha participado a los firmantes de estas Quejas– el artículo 41 de la Ley 19/1984, de 8 de junio, prevé que el Servicio Militar de la mujer será regulado por la Ley que determine su participación en la Defensa Nacional.

Por lo que se refiere a su expectativa profesional, en las distintas Armas y Cuerpos del Ejército habría de regularizarse esta cuestión en la correspondiente normativa, ahora en estudio en el Ministerio de Defensa, sobre la función militar (Quejas números 290/86 y otras).

3.1.6 Maniobras militares y su posible incidencia en la población y en el medio ambiente

Alumnos de un Colegio Público de Ejea de los Caballeros (Zaragoza) participan al Defensor del Pueblo las molestias que vienen originando a la población unos ejercicios de adiestramiento, desarrollados por aviones militares en el Polígono de las Bardenas Reales.

Estas molestias están originadas por vuelos rasantes y en casos excepcionales, por prácticas de tiro verificadas durante la noche.

Una vez admitida esta reclamación, el Ministerio de Defensa informó acerca de las garantías existentes para la protección de la población en estos casos, así como haberse cursado las instrucciones adecuadas a la Dirección General de Relaciones Informativas y Sociales para la adopción de las medidas adecuadas.

En la Queja número 6.390/86, vecinos de los municipios de Ribeira, Boiro, Puebla, Puerto del Son y Noia (todos ellos de La Coruña) informan al Defensor acerca de los perjuicios que vienen sufriendo en sus ganadería, como consecuencia de unas maniobras realizadas por la Infantería de Marina en la Sierra de Barbanza.

Estas maniobras, en las que se realiza ejecución de tiro real, se vienen desarrollando periódicamente y, al parecer, ocasionan diversas molestias a esta explotación ganadera (ganado caballar, vacuno y lanar), que supone la principal fuente de ingresos de los habitantes de la zona.

El Ministerio de Defensa informó a esta Institución haber instruído un expediente administrativo sobre este asunto, por orden del Almirante Capitán General de la Zona Marítima del Cantábrico, interesándose del Juez Instructor designado que recabe información de los Alcaldes de los Ayuntamientos implicados.

En la Queja número 8.201/86 se solicitó información del Ministerio de Defensa, a instancias de diversas asociaciones de defensa de la naturaleza, sobre los ejercicios militares que se efectúa en la Isla de Cabrera.

Aquel Departamento manifestó que no se habían producido daños en la ecología de esta isla, que se adoptaban las precauciones convenientes (no ordenándose ejercicios de tiro real) y que, por el contrario, el ecosistema de Cabrera se había mantenido gracias a que había permanecido bajo la administración de Defensa (Quejas números 7.882/86, 13.558/86, 6.390/86 y 8.201/86).

3.1.7 Supresión de las secciones de trabajo, para arrestados, en la Legión

Un grupo de legionarios informó al Defensor acerca de las duras condiciones a que eran sometidos con motivo del cumplimiento de un arresto.

Habían sido destinados a una denominada "Sección Especial de Trabajo", donde el régimen de vida era más riguroso que el impuesto al resto de los arrestados en las Fuerzas Armadas.

El Ministerio de Defensa informó que estas "Secciones" habían sustituído a los denominados "Pelotones de Castigo", y que, no obstante, se había ordenado su inmediata supresión, cumplimentando así el nuevo espíritu de la Ley 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

En consecuencia, se cursaron instrucciones a la Subinspección de la Legión, a los efectos de la supresión de aquellas secciones (Queja número 14.423/85).

5. SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES

5.1 Sugerencias formuladas en anteriores informes y que hasta el presente no han sido desarrolladas

5.1.1 Modificación de la Ley 20/1981, de 6 de julio, de Reserva Activa

Esta Institución, desde su creación, ha venido recibiendo quejas de profesionales del Ejército y de la Guardia Civil, fundamentalmente, en las que se aludía a su no integración en la situación de reserva activa (situación más favorable, a efectos económicos, que la de retiro).

En efecto, la Ley 20/1981, de 6 de julio, de Reserva Activa, al prever en su Disposición Transitoria Sexta que habría de tener efectos retroactivos, desde el 1 de enero de ese año, ha permitido acogerse a sus beneficios a

todo el personal militar profesional retirado a partir de aquella fecha, excluyendo, no obstante, al personal retirado con anterioridad a la misma, y que no había cumplido la edad de retiro forzoso por edad señalada en esta Ley por los Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas.

Admitidas a trámite estas quejas, el Defensor del Pueblo ha recibido varias comunicaciones del Ministerio de Defensa, la última de diciembre de 1985, informando que se está estudiando un anteproyecto de Ley, cuya finalidad es incluir en la Ley 20/1981 a aquellos militares retirados el día 1 de enero de 1981, que, como se ha afirmado, tuvieran una edad inferior a la determinada en la misma. No obstante este desarrollo normativo todavía no ha sido llevado a cabo.

5.1.2 Prestación de desempleo para los cabos primeros del Ejército licenciados forzosamente

Como consta en otros informes esta sugerencia fue remitida al Ministerio de Defensa, habida cuenta de la situación de desprotección económica en que se encontraban estos militares, licenciados después de una larga trayectoria de servicio.

En este momento, cabe resaltar que las quejas de estos ciudadanos siguen siendo recibidas en esta Institución, y que en ellas se denuncia la situación de paro a que se ven abocados, así como los problemas familiares subsiguientes a aquel licenciamiento forzoso.

Por otra parte, durante el año 1986 se han recibido quejas de cabos primeros de la Armada, que, además de la situación anterior, denunciaban al Defensor la rescisión de sus compromisos, después de seis años de servicios, no obstante haber ingresado con la promesa formal de adquirir el carácter de personal profesional permanente transcurrido aquel tiempo.

Así, estos cabos primeros, según las normas entonces vigentes sobre especialistas de la Armada y las condiciones del concurso-oposición que superaron, habían de adquirir aquella profesión, transcurridos los seis años, posibilidad que ha quedado truncada, por un cambio normativo del Ministerio de Defensa posterior a aquel ingreso.

Se mantiene contacto con ese Departemento en busca de una solución equitativa.

5.1.3 Cuestionarios de seguridad repartidos entre personal del Ministerio de Defensa o de ciertas empresas públicas

Como consta en el informe correspondiente a 1985, esta Institución remitió una sugerencia al Ministerio de Defensa, referente a la posible modificación de unos cuestionarios, distribuídos entre trabajadores de ese Departamento y personal de algunas empresas públicas.

Sin perjuicio de admitir, en principio, su legitimidad, por razones de seguridad del Estado, se ponía de relieve que algunas preguntas contenidas en los mismos afectaban a la intimidad personal y familiar, y, por ello, a los derechos fundamentales recogidos en los artículos 16 y 18 de la Constitución.

El Ministerio de Defensa no ha participado al Defensor, hasta este momento, la admisión de esa sugerencia, pero se insiste en ella.

5.1.4 Extensión de los beneficios de asistencia sanitaria del ISFAS, a las personas que conviven maritalmente con el titular del derecho

Con motivo de la comparecencia ante esta Institución de un profesional de las Fuerzas Armadas que manifestaba no haber podido incluir a su compañera (con la que había convivido más de veinte años) en el ISFAS a efectos de su cobertura de asistencia sanitaria, se solicitó su equiparación con la situación prevista para el cónyuge.

Esta sugerencia, que no se encontraba avalada por el vigente Real Decreto 2330/1978, de 29 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, no obstante tener su fundamento en sólidas razones de justicia, todavía no ha sido aceptada por el Ministerio de Defensa, el cual ha comunicado al Defensor que la misma se está examinando por los Organos competentes, a la espera de la resolución procedente.

3.2 Varias sugerencias en el ámbito del Ministerio de Defensa

Durante el período que abarca el presente Informe se puede significar, por su motivación, las siguientes sugerencias y recomendaciones formuladas cerca de las Administraciones públicas competentes:

5.2.1 Aplicación a las clases de tropa y marinería del Régimen de Seguridad Social desde la entrada en vigor de la Ley 28/1975, de 27 de junio

La Ley 28/1975, de 27 de junio, constituye el Régimen Especial de Seguridad Social en las Fuerzas Armadas, acogiendo en su ámbito de protección, junto a los militares profesionales, a los soldados y marineros incorporados al Servicio Militar.

Sin embargo, el Real Decreto-Ley 9/1976, de 23 de julio, dejó en suspenso la aplicación a estos últimos de aquellos beneficios, posibilitando al Gobierno la fijación concreta de su entrada en vigor.

Por la situación de desprotección de este colectivo de soldados, el Defensor del Pueblo, como consta en Informes anteriores, ha venido sugiriendo al Ministerio de Defensa, reiteradamente, la promulgación de una norma reglamentaria que levante la suspensión del Régimen de Seguridad Social.

Felizmente, esta suspensión ha sido levantada, en efecto, por el Real

Decreto 545/1986, de 7 de marzo, pero ha fijado esta norma, como fecha de aplicación del Régimen especial, la de 1 de julio de 1986.

Este, por otra parte, es el criterio que viene sustetándose por ese Ministerio, a los fines de proceder a denegar la aplicación de los beneficios de este Régimen de Seguridad Social a algunos soldados accidentados con anterioridad a aquella fecha.

Por esta importante circunstancia, y por la reiteración ante esta Institución de escritos de soldados manifestando haber sufrido graves accidentes con anterioridad a esta fecha, el Defensor del Pueblo ha vuelto a remitir una sugerencia al Ministerio de Defensa, consistente, en este momento, en que el derecho a los expresados beneficios se atribuya, no desde la fecha del 1 de julio de 1986, sino desde la fecha concreta de la entrada en vigor de la Ley 28/1975, de 27 de junio, que es la que aparece como relevante a estos efectos, por cuanto, al establecer ésta el Régimen Especial de la Seguridad Social, constituyó unas relaciones jurídicas y unas expectativas de adquisición de derechos subjetivos en materia de Seguridad Social, que no han de verse mermados por la suspensión temporal de su eficacia.

Es necesario diferenciar entre el acontecimiento normativo que da origen a un derecho o beneficio, es decir, el nacimiento de la titularidad, y el momento en que este derecho resulta ejercitable.

Esta interpretación, además, aparece avalada por el propio sentido del Real Decreto-Ley 9/1976, de 23 de julio, el cual, al acordar la suspensión, la justifica en "las serias dificultades que se plantean en la práctica por la inexistencia de un aparato burocrático capaz de hacerse cargo de esos cometidos"; por ello, al formarse el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, mediante Real Decreto 2330/1978, de 29 de septiembre, Entidad Gestora de este Régimen, y hallarse en pleno funcionamiento, parece adecuado considerar que ha de proveer a la Seguridad Social de los soldados desde que la norma primera (Ley 28/1975, de 27 de junio) ideó este Régimen especial.

Por otra parte, este criterio salvaguarda el principio de seguridad jurídica al establecer una fecha concreta de vigencia de unas previsiones normativas, contribuyendo a afirmar el tenor del artículo 41 de la Constitución, y supone, en definitiva, una interpretación más justa del ordenamiento jurídico.

5.2.2 Posibilidad de un control judicial efectivo en ciertos actos administrativos discrecionales del Ministerio de Defensa

Algunos ciudadanos han venido compareciendo ante esta Institución, poniendo de relieve la no posibilidad de recurrir ciertos actos discrecionales de la Administración Militar.

Así, fundamentalmente, se informaba a los solicitantes de ascensos honoríficos, por parte del Ministerio de Defensa, acerca de la no admisión de recurso alguno contra los acuerdos de la Junta de Clasificación formada para conocer de sus méritos.

Esta interpretación aparecía avalada formalmente por el tenor literal de la Ley 81/1980, de 20 de diciembre, de ascensos honoríficos del personal retirado de los tres Ejércitos, Guardia Civil y Policía Nacional ("B.O.E." número 23, de 27 de enero de 1981), en cuyo artículo 11 se confirmaba esta exclusión.

Esta circunstancia, por otra parte, se había observado en otros ámbitos normativos, y en particular en el Decreto de Aplicación de la Ley de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional (aprobado por Decreto de 10 de febrero de 1978), que, al someter a la autorización del Consejo de Ministros ciertas operaciones de adquisición del dominio sobre bienes inmuebles atribuían a ésta un carácter discrecional, excluyéndola, de igual manera, de la vía ordinaria del recurso judicial.

A la vista de estos antecedentes, el Defensor del Pueblo remitió al Ministro de Defensa una sugerencia para que se removieran los obstáculos que impedían, en estos casos, la impugnación de los citados actos.

Se traía a colación la existencia de un interés legítimo en los promoventes de unos beneficios, el contenido del artículo 24 de la Constitución y del artículo 106.1 en cuanto establece que los Tribunales controlan la potestad y la legalidad reglamentarias de las actuaciones administrativas y reiterada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (así, Autos de 22 de octubre de 1980 y de 17 de mayo de 1983).

Por otra parte, como afirma la exposición de motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la discrecionalidad no puede predicarse del acto en bloque, existiendo en la misma una serie de elementos reglados de necesaria observación.

5.2.3 Necesidad de articular una vía para la reclamación por error judicial en el ámbito de la Jurisdicción Militar

El artículo 121 de la Constitución dispone que "los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley".

En desarrollo de esta previsión, que no es sino un reflejo del principio de responsabilidad de todos los Poderes Públicos (artículo 9.3 de la Constitución), la Ley Orgánica del Poder Judicial, articula, en sus artículos 292 a 297 un cauce concreto de reclamación.

Así, en caso de simple error judicial, se dispone la previa instrucción de un procedimiento judicial, que concluye por sentencia, posibilitándose, posteriormente, la presentación de una petición indemnizadora (en caso de anormal funcionamiento sólo se requiere este trámite) ante el Ministerio de Justicia, la cual se ha de tramitar de acuerdo con las normas reguladoras de la Administración patrimonial del Estado.

Pues bien, de algunas quejas recibidas, esta Institución deduce la inexis-

tencia de procedimiento análogo en el ámbito de la jurisdicción castrense, por lo que se remitió un escrito al Ministerio de Defensa solicitando información sobre el posible procedimiento a utilizar en estos supuestos. Se está a la espera de su respuesta.

5.2.4 Necesidad de suprimir ciertas limitaciones existentes, en cuanto a la percepción de la pensión, para las viudas de militares que han contraído matrimonio después de cumplir los sesenta años

Algunas viudas de estos profesionales participaban al Defensor la denegación sistemática de que eran objeto sus instancias por parte del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Esta denegación se basaba en el artículo 85 del Estatuto de Clases Pasivas de 1926, por cuanto pone como condición para causar pensión en favor de las viudas de los militares que contraigan matrimonio después de los sesenta años, la circunstancia de haber tenido hijos del matrimonio o la existencia, al menos, de dos años entre la fecha del matrimonio y la de defunción del causante.

No obstante, los militares profesionales retirados con posterioridad al 1 de enero de 1967, casados después de los sesenta años, se rigen por el Texto Refundido de Derechos Pasivos (Decreto 1211/72, de 13 de abril), que no contiene ya esta limitación para la causación de la correspondiente pensión.

Por un principio de estricta justicia, se solicitó del Ministerio de Defensa su criterio sobre estos antecedentes, remitiéndonos este departamento un Acuerdo del Pleno del Consejo Supremo de Justicia Militar, de conformidad con el dictamen emitido por el Fiscal Togado de ese Alto Organismo.

En el mismo se consideraba acertada tal supresión, si bien se reconducía su momento a la promulgación del nuevo Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos, que se encontraba en elaboración por el Ministerio de Economía y Hacienda. La respuesta del Ministerio de Economía y Hacienda fue negativa y se basaba, fundamentalmente, en un criterio de presunción de fraude, lo que es considerado por esta Institución como totalmente infundado.

5.2.5 Información a los familiares de soldados fallecidos en el Servicio Militar

El Defensor del Pueblo, a lo largo de este año, ha venido solicitando del Ministerio de Defensa, a requerimiento fundamentalmente de los padres de los soldados, información sobre las circunstancias en que se han originado estos tristes hechos (ver apartado 3.1.2 de este mismo capítulo).

En todos los casos se ha sugerido al Ministerio de Defensa (que ha demostrado buen espíritu de colaboración, aceptando esta pretensión), la remisión a las personas directamente interesadas a las diligencias judiciales instruídas, y, en concreto, de la diligencia de autopsia efectuada.

Esto se hacía en una línea de continuidad con lo expuesto en nuestro Informe de 1983, en relación a la necesaria superación de las limitaciones consignadas en el artículo 452.2 del Código de Justicia Militar, para el ejercicio de la acción privada.

Estas manifestaciones, por otra parte, aparecen confirmadas por la reciente Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto el Auto de 29 de julio de 1985, en el que se determina que el tenor literal del artículo 452.2 del Código de Jusiticia Militar no impide el oportuno ofrecimiento de acciones y personación en el proceso, cuando se trate del ejercicio de la acción por personas no pertenecientes a los Ejércitos.

Sin perjuicio de lo anterior, el Defensor del Pueblo ha sugerido al Ministro de Defensa que, en estos supuestos de fallecimientos de soldados, se informe de oficio a los familiares directos acerca de las posibles pensiones o indemnizaciones que pudieran corresponderles y del trámite legal para su logro.

Esta sugerencia partía de la experiencia deducida de las quejas, de que estos familiares tienen cierta desorientación sobre los derechos que pueden corresponderles, el Organismo al que han de dirigir sus instancias, y la documentación que deben acompañar. En este punto, la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar establece una serie de trámites administrativos muy complejos.

En contestación a esta última sugerencia, se tienen constancia de que el Ministerio ha remitido la misma a la Subsecretaría del Departamento para su estudio y propuesta de decisión.

5.2.6 Interpretación del Real Decreto 1970/1983, de 22 de junio, sobre consideración de Suboficiales a las Clases de Tropa de la Guardia Civil

El aludido Real Decreto viene a determinar que las Clases de Tropa de la Guardia Civil gozarán del tratamiento y consideración de suboficial, a partir de los seis años de servicios ininterrumpidos.

Su artículo 3º configura los beneficios inherentes a este tratamiento, los cuales se refieren fundamentalmente a derechos honoríficos y asistenciales (acceso a economatos militares, casas militares, hospitales, clubs sociales, etc.), sin afectar, en ningún modo, a mejoras económicas ni cambios en la relación de jerarquía.

Pues bien, en esta Institución se han venido recibiendo un cierto número de Quejas de estos profesionales, en las que manifestaban no haber recibido la aplicación de aquellos beneficios.

Admitidas a trámite estas quejas, el Ministerio de Defensa explicó, una vez recibida la correspondiente información de la Dirección General de la Guardia Civil, que no se aplicaba aquella consideración de Suboficial a los firmantes de las mismas, profesionales de la Guardia Civil, retirados, por

cuanto el Real Decreto aludido sólo era de aplicación a los que están en situación de actividad, sin que prevea la retroactividad de sus efectos.

A la vista de estas consideraciones, el Defensor del Pueblo entendiendo que donde la Ley no distingue no se debe distinguir (sobre todo si es en perjuicio de la persona y supone una restricción de sus derechos), y que el Real Decreto 1970/1983, de 22 de junio, se refiere genéricamente a las clases de tropa de la Guardia Civil, sin hacer distinciones sobre su situación militar, ha remitido una sugerencia al Ministerio de Defensa, solicitando la posibilidad de un cambio en el criterio de ese Departamento.

Habría que tener en cuenta, además, que los beneficios recogidos en el artículo 3 antes referido son puramente asistenciales, por lo que deberían predicarse con más razón del militar retirado.

5.2.7 Diferencias en la duración del Servicio Militar según los Ejércitos

El Defensor admitió a trámite ante el Ministerio de Defensa las Quejas recibidas por mozos o reclutas que mostraban su disconformidad con la circunstancia de que el Servicio Militar fuera de mayor duración en la Armada que en los Ejércitos de Tierra y Aire.

Se admitieron a trámite estas Quejas, por un criterio de igualdad y consciente esta Institución de la necesidad de proceder a una unificación en el tratamiento de esta materia.

El Ministerio de Defensa contestó al Defensor, consciente de esta diferenciación, que la misma era provisional por la conveniencia de aplicar gradualmente la Ley 19/84, del Servicio Militar, a las necesidades operativas y de instrucción de la Armada, y que afectaría únicamente al contingente de mozos de 1986.

5.2.8 Servicio Militar en Unidades Especiales del Ejército

Durante los años en que el Defensor del Pueblo viene ejerciendo su misión constitucional, se han recibido quejas en las que los promoventes, soldados del Ejército, expresaban la fuerte disciplina y trato de que venían siendo objeto en ciertas Unidades.

Se hacía referencia, fundamentalmente, a unidades especiales como la Legión, Compañías de Operaciones Especiales y otras, en las que la disciplina aparece fuertemente subrayada por razón de las misiones que tienen encomendadas.

Sin perjuicio de la admisión individual de estas quejas, que tuvieron resultados favorables, se sugirió al Ministro de Defensa la debida valoración de las mismas y en concreto, que la provisión humana de estas unidades fuera extraída del reclutamiento voluntario, y no del Servicio obligatorio.

El Ministerio de Defensa asumió estas consideraciones y contestó al Defensor:

"Por lo que se refiere al adiestramiento en estas Unidades Especiales se han impartido órdenes que se refieren a que tal formación debe ser la adecuada a quienes prestan en ella su servicio militar, y que no debe tender a conseguir el mismo nivel que se exige a sus mandos. Para ello se ha puesto especial interés en los ejercicios y prácticas, con el fin de que se gradúe la exigencias que se requiere con la debida prudencia en su realización, y a tal fin el Ejército de Tierra está ultimando un programa específico en el que se determina el nivel a conseguir en las distintas actividades y el grado de adiestramiento que es posible alcanzar en estas Unidades singulares."

5.2.9 Aplicación de la Ley 37/84, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos a miembros de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República

a) Certificados del Archivo-Histórico Nacional

Comparecieron ante esta Institución algunos ciudadanos participando al Defensor que en la Subdirección General de Clases Pasivas del Ministerio de Hacienda no se otorgaba validez jurídica a los certificados emitidos por el Archivo Histórico Nacional (Sección Guerra Civil), a los efectos de completar la documentación requerida por la Ley 37/1984, de 22 de octubre.

Esta documentación hace referencia al dato del nombramiento como militar de la República y resulta imprescindible para la percepción de los benenficios establecidos en aquella Ley.

El Defensor del Pueblo, siguiendo el criterio ya sustentado en el Informe de 1984 ("B.O. de las Cortes", de 27 de mayo-Area de Defensa e Interior, apartado 2.2, página 55), sobre necesidad de remover los obstáculos formales que han sido impuestos a este colectivo, remitió una sugerencia al Ministerio de Hacienda, en la que se ponía de relieve la necesidad de admitir la documentación referida.

Se tenía en cuenta en la misma que el artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado determina que la Administración tiene personalidad jurídica única, por lo que parece indicado la admisión por parte del Ministerio de Hacienda de unos certificados librados por un Organismo. Archivo Histórico Nacional, que depende del Ministerio de Cultura.

b) Discrepancias formales o errores en los certificados

Otros ciudadanos comparecieron planteando un problema que guardaba alguna relación con el anterior, y que hacía referencia igualmente a la no

admisión, en algunos casos, de los certificados históricos aportados por estos militares.

En efecto, el Ministerio de Hacienda no reconocía los nombramientos militares aparecidos en los Diarios oficiales de la República, si existía alguna ligera alteración, por variación de las letras, en el nombre o apellidos del solicitante.

Esta Institución participó al Ministerio de Hacienda que, por una debida consideración al principio de equidad y buena fe, que ha de inspirar la interpretación de las normas jurídicas (con más relevancia en estos supuestos de normas de amnistía), este criterio de no admisión únicamente podía ser aceptado cuando la variación referida impidiera acreditar la personalidad del solicitante, surtiendo plenos efectos el documento aportado en los demás casos.

La Dirección General de Gastos de Personas (hoy, de Costes de Personal y Pensiones Públicas) admitió esta sugerencia, especificando que, en efecto, no había de ser relevante una ligera variación en el nombre, cuando la misma no impidiera la identificación del ciudadano. Este criterio ha sido avalado por la dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, que emitió informe favorable sobre el particular (participando que la acreditación de la identidad de los beneficiarios era suficiente en los casos de distinta grafía, en el de nombres y apellidos compuestos en el que sólo figuran uno de ellos y en la omisión o alteración de letras). Pero la Intervención Delegada de Hacienda no acepta la sugerencia.

Existe, pues, una divergencia de criterios entre el Centro Gestor y el Centro Fiscal no manifestada formalmente, motivo por el que se elevó consulta a la Intervención General de la Administración del Estado, y se espera la definitiva solución posible.

5.2.10 Aplicación de la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre, ampliada por la Ley 24/1986, de 24 de diciembre, de rehabilitación de militares profesionales

Esta queja fue suscitada por el Teniente de Navío de la Escala de Complemento de Marina don Antonio Menchaca Careaga (Queja número 373/85) y otros que fueron separados de dicha Escala durante el Régimen Político precedente por sus ideas y actuaciones de carácter democrático.

Considerando el Defensor del Pueblo que la queja gozaba de razones de justicia y también de respeto al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, incluyó esta Queja, y otras con ella conexas, en sus Informes anteriores y en sus comparecencias verbales ante las Cortes Generales y, finalmente, dirigió una recomendación en ese sentido al excelentísimo señor Ministro de Defensa el 25 de octubre del pasado año 1986, que sigue pendiente de que por dicho Departamento Ministerial se encuentre una solución equitativa.

II. INFORMES VARIOS SOBRE ASUNTOS DE INTERES PARA LA JUSTICIA O ADMINISTRACION MILITARES

1. Sugerencia remitida al Ministro de Defensa sobre prisión preventiva militar

Con fecha del día 30 del pasado mes de agosto, tuvo entrada en esta Institución un escrito de los familiares directos de , , , y , procesados todos ellos en la causa nº IV/81 de la IV Región Militar y que se encuentran en la situación procesal de prisión preventiva.

Sustancialmente alegan la inaplicación en su caso de la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, sobre reforma de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en consecuencia, la violación de los derechos fundamentales que les garantizan los artículos 17.4 y 24.1 de la Constitución.

Sobre esa base solicitaban de nuestra Institución que interpusiese recurso de amparo constitucional contra la resolución denegatoria del Excmo. Sr. Capitán General de dicha IV Región Militar y, en todo caso, la gestión de las medidas necesarias para garantizar la aplicación de la invocada Ley Orgánica en el ámbito de la Jurisdicción castrense.

Esta institución no ha considerado necesario interponer el expresado recurso, máxime cuando los Abogados defensores de dichos procesados lo han hecho ya directamente ante el Tribunal Constitucional.

Considerando, sin embargo, que la Queja reúne los requisitos formales establecidos en el artículo 54 de la Constitución, en relación con los artículos 17 y 24 de la misma Norma, y en los artículos 1º, 9º y 15 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, se ha admitido a trámite y se promueve la investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos en que se basa, sometiendo a la consideración de V.E., al amparo de lo prevenido en el artículo 28 de la misma Ley Orgánica 3/1981, las razones que fundamentan la necesidad de nuevas medidas para evitar el quebranto de derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

A los efectos pertinentes, se hace constar:

I. ANTECEDENTES

1. De la documentación adjunta al mencionado escrito de queja (nº 23.664/83 de nuestro registro) se deduce que los Letrados defensores de los referidos procesados, solicitaron del Excmo. Sr. Capitán General de la IV Región Militar la concesión de la libertad provisional para sus defendidos, alegando haber permanecido ya treinta meses en prisión preventiva, por lo que estimaban aplicable lo preceptuado en la mencionada Ley Orgánica

7/1983, de 23 de abril, reformadora de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el segundo de los cuales, en su actual texto, establece, como es sabido, que "el Juez o Tribunal podrá ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional hasta *el límite de los 30 meses,* cuando el delito hubiere afectado gravemente a intereses colectivos en el ámbito nacional, o cuando se hubiere cometido fuera de éste, o bien la instrucción de la causa fuere de extraordinaria complejidad".

Añaden los reclamantes que, aunque el Código de Justicia Militar no haya sido reformado en este punto, son de aplicación con carácter supletorio los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Finalmente aducen que, al no fijarse en dicho Código castrense un límite de duración máxima a la prisión provisional, se ha originado una situación de inconstitucionalidad sobrevenida, ya que esa limitación resulta contraria, según su criterio, a lo establecido en el artículo 17.4, de la Constitución, según el cual, como categóricamente expresa, *"por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional"*, sin hacer distinción alguna entre leyes procesales civiles o militares.

2. Según la comunicación de los reclamantes, el Excmo. Sr. Capitán General de la IV Región Militar, haciendo suyos los fundamentos de su Auditor, mediante Decreto del día 8 del pasado mes de agosto (notificado el día 17 del mismo mes a la representación de los procesados) acordó denegar la petición de libertad provisional.

En su preceptivo informe el Ilmo. Sr. Auditor argumentó que, a su entender, la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo regula los procedimientos seguidos ante la Jurisdicción Ordinaria, mientras que la Jurisdicción Militar, por su especial naturaleza, aplica las reglas de enjuiciamiento específicas contenidas en el Libro III del Código de Justicia Militar, pues no existe en ésta ninguna remisión de carácter general; y de ahí el Auditor infiere que el mandato contenido en el artículo 17.4 de la Constitución, sobre fijación mediante Ley de un plazo máximo para la prisión preventiva, ha quedado cumplimentado para cuanto concierne al procedimiento judicial ordinario, pero no para el procedimiento militar.

3. Examinados estos antecedentes y dado que la cuestión planteada excede por su trascendencia los límites del caso concreto a que se refiere la queja, puesto que afecta a todas las personas procesadas actualmente por la Jurisdicción Militar, y que se encuentran en situación de prisión preventiva, se estima necesario analizar en conjunto el sentido y alcance de la aplicación en el ámbito militar de las normas legales dimanantes de la Constitución y que conciernen a la tutela de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

II. NUEVA REGULACION DE LA PRISION PREVENTIVA A LA LUZ DE LO PREVENIDO EN EL ARTICULO 17 DE LA CONSTITUCION Y EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR ESPAÑA Y SU INCIDENCIA EN EL AMBITO DE LA JUSTICIA MILITAR, ESPECIALMENTE TRAS LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 503 Y 504 DE LA LEY EN ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR LA LEY ORGANICA 7/83, DE 23 DE ABRIL.

1. Régimen jurídico de la prisión provisional.

1.1. Principios y normas constitucionales

a) Es evidente, que la nueva Constitución Española de 1978, en sus arts. 17 y 24, entraña una nueva concepción del instrumento jurídico de la prisión provisional o preventiva y más en general de las garantías en cualquier proceso, sin distinción alguna. Así lo ha recalcado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 41/1982, de 2 de julio, en el "segundo fundamento jurídico":

"La prisión provisional, situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, viene delimitada en el texto de la Constitución por las afirmaciones contenidas en: a) el art. 1º, nº 1º, consagrando el Estado social y democrático de derecho que 'propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político'; b) en la sección primera, capítulo segundo, del Título Primero, el art. 17, nº 1º, en que se establece que 'toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley, y, c) en el art. 24, nº 2, que dispone que todos tienen derecho a "un proceso público sin dilaciones indebidas ... y a la presunción de inocencia'".

Precisamente para urgir una nueva regulación legal de la prisión preventiva, la Constitución estableció inequívocamente, en su invocado art. 17.4 (integrado dentro de la Sección Primera, del Título I, que tipifica los derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo, según el artículo 53.2) la exigencia de que una Ley regularía el *plazo máximo* de duración de dicho tipo de prisión y ese mandato constitucional originó la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, reformadora, como se ha dicho, de los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es patente que nuestra Constitución, al delimitar el carácter de la prisión provisional en los términos expuestos, trasluce la idea de que el Proceso Penal, además de suponer, dentro de la concepción del Estado de Derecho, un instrumento no arbitrario de realización del "ius puniendi", cuya titularidad corresponde al Estado (en defensa de los bienes jurídicos inmersos en los tipos delictivos y en garantía, en definitiva, de la propia sociedad) ha de configurarse, también, como una garantía del presunto responsable.

Los valores y principios básicos de libertad, igualdad y justicia de nuestra Constitución, se reafirman al atribuir el rango de *derechos fundamentales* a una serie de *garantías del proceso,* que antes tenían, *únicamente, un carácter meramente informador* del Ordenamiento Jurídico. Así, el principio de "presunción de inocencia" y la aspiración a un proceso público sin dilaciones indebidas, ya no tienen un simple carácter orientador de la actuación de los Tribunales; se han convertido en un derecho fundamental, con la trascendencia que esta conceptuación tiene, en cuanto a su tutela, por los medios que la Constitución establece, en concreto, como ya se ha dicho, el recurso de amparo tipificado en el art. 53.2.

Este nuevo carácter se recalca en el art. 53.1. del texto constitucional, al disponer que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título, vinculan a todos los Poderes públicos", lo que es reflejo, a su vez, del crucial *art. 9.*

Y, en esa línea, está la Jurisprudencia mencionada del Tribunal Constitucional. Así la Sentencia de la Sala Segunda (número 22/82, de 12 de mayo, recaída en el recurso de amparo número 383/81) declara, en su primer fundamento jurídico, que "lo que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos es el proceso y las garantías procesales constitucionalizadas" y la Sentencia de la misma Sala, de 26 de julio de 1982 (en los recursos de amparo 60 y 110/82, acumulados) subraya (en su segundo fundamento jurídico) la trascendencia de esta nueva orientación al argumentar que "la constitucionalización (refiriéndose a la presunción de inocencia) no es simplemente la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, *sino la plena positivación de un derecho a partir del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela...*"

1.2. Conexión de esos principios y derechos fundamentales con los Pactos y Convenios Internacionales, ratificados por España

Importa no olvidar que la propia Constitución en su art. 10.2. estatuye una fundamental norma hermeneútica:

"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los derechos humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España".

Y nuestro Tribunal Constitucional (en Sentencia nº 41/1982, de 2 de julio) en su "quinto fundamento jurídico" hace referencia a uno de esos Convenios Internacionales, precisamente en un recurso de amparo referente a garantías procesales.

Pues bien, es de recordar que en todos ellos se contienen análogas garantías para la detención y el procesamiento de cualquier persona:

a) Así, la "*Declaración Universal de derechos humanos*", aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, establece en su *art. 11*, que "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se *presuma su inocencia* mientras no se pruebe su culpabilidad".

b) El "*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*", aprobado por la Asamblea General de la O.N.U. el 16 de diciembre de 1966, determina igualmente, en su *art. 9.3* que "toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad"; y añade que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo"; y el apartado 4º reafirma que "toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal, a fín de que decida con la brevedad posible, sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal".

c) Dentro de la órbita del Consejo de Europa, que de forma más inmediata concierne a España, el *"Convenio para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"* (aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950) especifica, en el *art. 5.3.*, que "toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad podrá estar condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en el juicio".

A mayor abundamiento, en el apartado 4º del mismo artículo se preceptúa que "toda persona privada de su libertad, mediante arresto o detención, tendrá derecho a presentar un recurso ante un Tribunal, a fín de que éste se pronuncie, en breve plazo, acerca de la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal".

Finalmente, en el *art. 6.2.* se refrenda la regla universal de que "toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida.

Objetivamente hay que recordar que el Gobierno español al ratificar esta Convención Europea, formuló una reserva en el instrumento legal pertinente, de conformidad con el *art. 54* de la propia Convención, respecto a los *arts. 5 y 6* de la misma, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el Título XV (faltas y correcciones) del Tratado II y en el Título XXIV (procedimientos para las faltas) del Tratado III del Código de Justicia Militar de nuestra Patria.

Pero, inmediatamente importa observar, que esta reserva se refiere sólo al *régimen disciplinario,* pero no al ejercicio de la Jurisdicción en el ámbito militar, donde han de ser admitidos los principios de la invocada Convención *sin reserva alguna.*

Precisamente, el Tribunal Europeo de derechos humanos, máximo órgano, como es sabido, de interpretación de la Convención, y cuya jurisprudencia ha de tenerse en cuenta en España a tenor del *art. 10.2.* de nuestra Constitución, ha tenido ya varias ocasiones (caso Neumeister, Wemhoff, Reingeisen, Stögmiller, etc.) de pronunciarse sobre dicho *art. 5* de la Convención y, en concreto, sobre el alcance de su *apartado 3º*, que consagra la exigencia de que la prisión provisional sólo dure un "plazo razonable".

Especialmente en el caso "Neumeister", Sentencia de 25 de junio de 1968, dicha Corte declaró que había sido infringido el expresado precepto de la Convención, basándose en el pronunciamiento general de que "hasta la condena se debe presumir la inocencia del acusado", por lo que el objeto del precepto analizado es esencialmente el de imponer la libertad provisional desde el momento en que el mantenimiento de la detención deja de ser razonable.

1.3. Finalidad de la Ley Orgánica 3/1981, de 23 de abril sobre reforma de los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

En la "Exposición de motivos" de esta nueva norma legal se especifica inequívocamente que el objeto de la misma "consiste en cumplir el mandato recogido en el *art. 17.4* último inciso de la Constitución, que establece que 'por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional', y recoger el principio de que la situación de prisión provisional debe tener carácter excepcional, no pudiendo convertirse en una ejecución anticipada de la pena, ni tener carácter obligatorio, según se desprende de la recomendación del Consejo de Europa, de 27 de julio de 1980".

2. Aplicación al ámbito de la Jurisdicción militar de los principios y preceptos referentes a los procesos y, en concreto, a la prisión preventiva.

2.1. Consideraciones generales:

Es de singular trascendencia recordar en este caso que, según el *art. 117.5* de la Constitución, la Jurisdicción Militar no sólo ha de limitarse al "ámbito castrense", sino que, además, ha de ejercerse *"de acuerdo con los principios de la Constitución"*.

Concuerda esta norma con lo establecido en el artículo 8.2 de la propia Constitución, según el cual *"una Ley Orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución"*; precepto análogo al que se contiene en el *art. 52* de la vigente Constitución italiana de 1947 con arreglo al cual *"el ordenamiento de las Fuerzas Armadas se inspira en el espíritu democrático del Estado"*, marcándose así una pauta categórica de real trascendencia por cuando entraña que los principios y garantías inherentes a la Jurisdicción Ordinaria afectan también directamente a los que se sigan

ante la Jurisdicción Militar, sin más que "aquellas estrictas peculiaridades procedimentales", de carácter adjetivo que le sean propias.

A la luz de estas prescripciones constitucionales, nuestro Tribunal Constitucional, en Sentencia 22/82, de 12 de mayo, declaró inequívocamente:

"El acusado tiene el derecho a un proceso en el que intervienen los órganos de la Jurisdicción Militar, que ha de ajustarse en todo momento, en sus actuaciones, a los principios, reglas y normas de la Constitución de obvia aplicación preferente respecto de las leyes ordinarias y del Código de Justicia Militar, y en el que debe otorgarse al encausado las garantías procesales que el artículo 24 reconoce".

2.2. Interpretación en este sentido de los preceptos del Código de Justicia Militar y su aplicación a todos los procesos

De lo expuesto se desprende, que los preceptos del Código castrense en esta materia, han de ser interpretados y, por consiguiente, aplicados con pleno respeto a los derechos, garantías y principios normativos tipificados en el texto de la Constitución.

En el supuesto de que esta interpretación no se considerara posible por la existencia de una neta contradicción entre el Código de Justicia Militar y la Constitución, sólo cabría estimar que los preceptos de aquello habían quedado derogados, incluso por exigencia de la *disposición derogatoria 3ª*, de la propia Constitución. Y, en este caso, para cubrir el fallo legislativo, sería imperativo aplicar la Ley de Enjuiciamiento Criminal como norma común procesal y que, ya se ha dicho, ha sido reformada para adecuar la redacción de los artículos 503 y 504 a los preceptos constitucionales.

Profundizando sobre este importante aspecto, emergen las siguientes consideraciones:

a) La Constitución como criterio interpretativo de la totalidad del Ordenamiento Jurídico y derogatoria del Código de Justicia Militar en los preceptos que la contradigan.

Así lo ha destacado reiteradas veces la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

En efecto, la Sentencia de la Sala Primera de 31 de marzo de 1981 (R.A. núm. 107/80), manifiesta, en su "fundamento jurídico tercero":

"La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. *La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Esta naturaleza singular se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución".*

Y esta doctrina jurisprudencial la refrenda la Sentencia de 29 de abril de mayo de 1982, (R.A. núm. 398/81), en su fundamento séptimo, y en la

Sentencia de la Sala Primera, de 15 de octubre de 1982 (R.A. núm. 402/81), en el fundamento jurídico tercero.

Por lo que se refiere al *concepto de la inconstitucionalidad sobrevenida* es básica la Sentencia de 2 de febrero de 1981 (Recurso de inconstitucionalidad núm. 186/80), que, en su "fundamento jurídico primero", sostiene que "así como frente a las leyes posconstitucionales, el Tribunal Constitucional ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, *los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución,* al oponerse a la misma, o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad"; y, añade, que "los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial, al inaplicar tales leyes, *no enjuician realmente la actuación del legislador, sino que aplican la Constitución,* que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma".

Y esta doctrina jurisprudencial al refrenda la Sentencia de 29 de abril de 1981, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad 17/81, en su "fundamento jurídico tercero".

Viniendo al punto concreto de la tutela de derechos fundamentales, son igualmente categóricas las resoluciones del Tribunal Constitucional relativas a la aplicabilidad directa de la Constitución, como fuente inmediata de derechos y obligaciones exigibles y al carácter retroactivo de sus disposiciones.

Así, la Sentencia de la Sala Segunda de 28 de abril de 1982 (R.A. núm. 212/81), en su "fundamento jurídico primero" determina:

"...los preceptos de la Constitución son alegables ante los Tribunales, quienes, como todos los poderes públicos, están, *además, vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo, del Título Primero de la Constitución*".

Y la Sentencia de la Sala Primera, de 31 de marzo de 1981, antes mencionada, prevé:

"La Constitución tiene la significación primordial *de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo.*

b) Aplicación directa de esos principios y preceptos a la Jurisdicción Militar sin necesidad de una reforma legislativa del Código castrense.

La Constitución incide directamente sobre el Código Justicia Militar, sin necesidad de esperar a una modificación, que sin embargo, racionalmente se producirá, reafirmando así el principio de seguridad jurídica.

La "disposición final segunda" de la Ley Orgánica 9/88 de 6 de noviembre, de *reforma del Código de Justicia Militar,* al establecer la misión de la Comisión de Estudio y Reforma de la Justicia Militar, señala, precisamente, que en el proyecto a realizar se han de reflejar debidamente "los *principios jurídicos del orden constitucional, la autonomía y especialidad de la Jurisdic-*

ción Militar, equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico".

Esta doctrina de la aplicabilidad inmediata de la Constitución, sin necesidad de esperar al cambio legislativo, ha sido también consagradda por el Tribunal Constitucional.

La Sentencia de 28 de abril de 1982, ya invocada, en su "fundamento jurídico primero", determina que:

"La Constitución, *lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento* hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, *es la norma jurídica suprema de nuestro ordenamiento,* y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como *todos los poderes públicos* y, por consiguiente, también *los jueces y magistrados* integrantes del Poder Judicial, están sujetos a ella".

Igualmente, la Sentencia 4/81 de 2 febrero (Recurso de Inconstitucionalidad 186/80), relativa a la legislación de Régimen local, expresa en su fundamento jurídico quinto:

"La interpretación de conformidad con la Constitución es una consecuencia obligada de su doble carácter de ley posterior y de ley superior, y responde, además, a un criterio de prudencia que aconseja evitar que se produzcan lagunas en el ordenamiento".

c) No es obtáculo al carácter de subsidiaridad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la circunstancia de que el Código de Justicia Militar no contenga una remisión genérica de carácter expreso a dicha Ley.

La no remisión del Código de Justicia Militar a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se debe al propio proceso histórico de su formación y obedece, más que a exigencias de técnica jurídica, a circunstancias históricas y condiciones muy concretas.

En efecto, el Código de Justicia Militar, de 17 de junio de 1945, nace como el resultado de una refundición o yuxtaposición de todas las normas vigentes en la materia. Así, su Exposición de Motivos contiene la siguientes expresiones: "La diversidad, e incluso dispersión de normas reguladoras de la jurisdicción de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, con sus leyes penales y procesales independientes, no tiene razón de subsistir.." y "se ha entendido, por el contrario, que debía redactarse un Código único, en el que, recogiendo toda la legislación dispersa, quede formado un cuerpo legal aplicable en las tres esferas de la Jurisdicción Militar". Además, se tuvo en cuenta que dicho texto podría ser interpretado por personas que no estaban formadas específicamente en Derecho, por lo que se pretendió, a los fines de efectuar un trabajo útil, agotar en sus disposiciones toda la materia aplicable.

Sin embargo, la realidad social y al evolución de técnica del Derecho han ido modificando esta orientación.

Así, la ya citada Ley Orgánica 9/80, de reforma del Código Castrense, que nace con la intención de modificar *aspectos concretos* de la normativa

del sistema procesal y sustantivo militar (reforzando las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la Jurisdicción Militar, y dejando la revisión general del sistema para fechas posteriores), *se remite*, al establecer el *recurso de casación* ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, a la *Ley Procesal Común*.

Convergentemente el artículo 13.1 de dicha Ley prescribe que "los recursos de casación ante la Justicia Militar sólo serán admisibles *conforme a lo dispuesto en el Ley de Enjuiciamiento Criminal*, aplicándose a la tramitación de los mismos lo que en el expresado Texto legal se establece, con las salvedades orgánica del Consejo Supremo de Justicia Militar"; y el artículo 14 del mismo texto, al determinar la posibilidad de un recurso de casación contra las Sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (importante innovación que viene a suponer una fisura al principio de autonomía de la Jurisdicción Militar) se remite, igualmente, a *"los motivos y trámites de la Ley de Enjuiciamiento Criminal"*.

Como consecuencia de la aplicación de estos artículos, se refuerza nuestro criterio hermenéutico de que *la Ley de Enjuiciamiento Criminal es subsidiaria del Código Castrense* en esta materia, en concreto en lo que se refiere al *señalamiento del plazo máximo de duración de la prisión provisional.* (sobre lo que luego insistiremos).

Al remitirse la Ley Militar mencionada, en sus artículos 13 y 14, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lo que se refiere a la tramitación de los recursos de casación, se plantea la cuestión de si se remite también a las normas establecidas en ella sobre prisión provisional y será de aplicar, en consecuencia la disposición del párrafo tercero del artículo 504, que afirma: "Asimismo podrá el Juez o Tribunal ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la Sentencia si ésta hubiese sido recurrida".

Evidentemente, con todo respeto y según nuestro criterio, *los artículos 13 y 14* mencionados se remiten a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en este punto y esta interpretación razonable no se puede restringir a los supuestos de recurso de casación sin que permitan sostener, con carácter general, la subsidiaridad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en todos los demás casos.

Igualmente, *las Reales Ordenazas para las Fuerzas Armadas*, aprobadas por Ley 85/87, de 28 de diciembre, confirman esta orientación de que en el Código Militar no se agota toda la regulación aplicable, al determinar en su *artículo 173*, precisamente, que "la citación, detención, juicio y prisión del militar en activo se ajustará a lo establecido en el Código de Justicia Militar y demás leyes que sean de aplicación".

Esta orientación de remisión a las normas comunes la sigue también el propio *Código de Justicia Militar* en el artículo 257, cuando establece, en su

párrafo primero, que tanto a los individuos pertenecientes al Ejército como a las personas extrañas al mismo, que incurren en delitos o faltas puramente comunes en que haya de conocer la Jurisdicción Militar, se *les aplicarán las normas del Código de Penal Ordinario"* y, en su párrafo segundo, que determina "cuando el delito o falta se hallen comprendidos en el Código de Justicia Militar o en Leyes especiales que, igualmente, lo atribuyan a la expresada Jurisdicción, sólo podrán tenerse en cuenta los preceptos del Código Penal como supletorios de los primeros".

Esta *técnica de remisión* es también la utilizada por otros Códigos extranjeros.

Así, el artículo 261 del Título Primero (Della Procedura penale militare) del *Código Penal Militar italiano de Paz,* de 1941, expresa que "salvo que la Ley disponga otra cosa, las disposiciones del Código de procedimiento penal se observarán, asimismo, en los procedimientos seguidos ante los Tribunales Militares". Incluso el Código de Procedimiento Penal de Guerra, en el artículo 244, manifiesta que "en caso de guerra, se observarán, siempre que sea posible, las disposiciones del procedimiento penal militar de Paz, si en este Código no se establece otra cosa".

El *Código de Justicia Militar Portugués,* de 1 de abril de 1977, prescribe, en su artículo cuarto, que "las disposiciones generales de la Ley Común serán subsidiarias del Derecho Penal Militar, siempre que no contradigan los principios fundamentales de este Código".

Incluso su artículo 363, dentro del capítulo relativo a la detención y prisión preventiva, manifiesta que "la detención, prisión preventiva y libertad provisional, serán reguladas por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, salvo lo determinado en el presente capítulo".

El artículo 153 del *Código de Justicia Militar Francés* de 8 de julio de 1965 seguía estas mismas orientaciones y, finalmente, el vigente Código, aprobado por Decreto 82/984, de 19 de noviembre de 1982, por lo que se refiere a las normas procesales, establece una remisión continuada a los principios ordinarios, contenidos en el Código de Procedimiento Penal. En concreto, el artículo 87 dispone que: "la forma y condiciones de la detención preventiva se regirán por lo dispuesto en los artículos 63 a 65, 77, 78 y 154 del Código de Procedimiento Penal".

La Constitución de la República Italiana, de 22 de diciembre de 1947; es posterior en el tiempo a sus Códigos militares, motivo por el cual se han originado en este ordenamiento muchos supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida.

Por lo que se refiere a la prisión provisional, el artículo 13, último párrafo, del texto constitucional italiano, señala, análogamente al nuestro, que "la Ley regulará los límites máximo de la prisión preventiva".

El Código Penal Militar de Paz contiene tres disposiciones específicas relativas a esta institución y una de ellas, el artículo 320, prescribe que "un

Reglamento judicial militar establecerá el procedimiento tendente a evitar la duración excesiva de la prisión preventiva".

Pues bien, en un primer momento, la Jurisprudencia entendió que esta disposición relativa al plazo máximo de prisión, debería ser desarrollada por el Reglamento militar al que alude el artículo 320 mencionado, como una excepción al artículo 261 del mismo texto legal, que contiene la remisión general a las normas del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, se ha admitido gradualmente por la doctrina que la interpretación anterior no era la correcta. El artículo 320 del Código Militar de Paz, al remitirse al Reglamento Militar no contiene previsión alguna sobre el plazo máximo de prisión preventivo que pudiese derogar lo dispuesto en el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal.

Se entendió por la Jurisprudencia, finalmente, que un Reglamento no podía desarrollar esta previsión constitucional, que afectaba a una garantía del derecho a la libertad, resolviéndose, en consecuencia, que el artículo 320 del Código Militar de Paz era inconstitucional y que se deberían de aplicar en esta materia las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, criterio apoyado recientemente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Militar.

2. *Diferencias concretas entre los artículos 503 y 504 reformados de la Ley de Enjuiciamiento criminal y los artículos correspondientes del Código de Justicia Militar en materia de prisión preventiva*

3.1. Plazo máximo de duración de la prisión preventiva

Como ya reiteradamente se ha expuesto, *el artículo 17.4* de la Constitución determina la *necesidad de que por una ley* se fije *este plazo.*

En cumplimiento del mandato constitucional, en el nuevo artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (como señala la Exposición de motivos "de la Ley 7/1983, de 23 de abril", se prevé que *"la duración máxima de la prisión provisional será de seis meses cuando* la pena señalada al delito imputado sea igual o inferior a la de prisión menor, y de dieciocho meses en los demás casos. El Juez o Tribunal *podrá ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión hasta el límite de treinta meses,* cuando el delito hubiere afectado gravemente a intereses colectivos, o cuando hubiere producido graves consecuencias en el ámbito nacional, o cuando se hubiere cometido fuera de éste, o bien, la instrucción de la causa fuere de extraordinaria complejidad. Asimismo, podrá el Juez o Tribunal ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la Sentencia, si ésta hubiese sido recurrida".

Con anterioridad a esta reforma, el mismo artículo 504, en la redacción dada por la Ley 16/1980, de 22 de abril, determinaba que *"en ningún caso*

la prisión provisional podrá exceder de la mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito imputado".

Sin embargo, el Código de Justicia Militar, en sus *artículos 673 y 674,* preceptos que se corresponden con los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *no acoge ninguna previsión* relacionada con esta materia. Unicamente, *los artículos 691 y 692* del mismo Código, al regular la libertad provisional contienen algunas indicaciones que pueden interpretarse de análoga manera. Así, el artículo 691, párrafo primero, prescribe: "En los casos en que el procesado lleve preso preventivamente un tiempo igual o superior a la pena que pudiera corresponderle, deberá ser puesto en libertad provisional", y el artículo 692: "Si al formular el Fiscal el escrito de calificación provisional o de acusación pidiera para el procesado una pena de inferior duración al tiempo que llevare preso preventivamente, deberá solicitar de la Autoridad Judicial la libertad de aquél".

Sin embargo, de un análisis objetivo se deduce que estos dos últimos preceptos *no contienen esa garantía procesal constitucionalizada a que nos venimos refiriendo;* lo que afirman no es sino una consecuencia de la propia naturaleza de la institución.

Afirmar, en efecto, que la prisión no puede pasar de la pena que pudiera corresponder al delito, no es fijar una limitación, es decir, establecer una garantía, a su posible aplicación; es, sencillamente, fijar sus límites lógicos. Al hacer abono del tiempo sufrido en prisión preventiva, como prevé el artículo 880 del Código de Justicia Militar, cuando se procede a efectuar el trámite de liquidación de condena, es evidente que si aquélla fuese superior al tiempo de duración de la pena privativa de libertad impuesta, se convertiría esta institución en algo más gravoso, incluso, que una ejecución anticipada de la pena; se trataría de una aplicación, con carácter previo, de una pena no debida.

Por consiguiente, esta laguna o carencia de un *plazo máximo* en el Código Militar pone de relieve su contraste con el mandato constitucional del artículo 17.4; vacío legal, que ha de ser suplido, en virtud de una interpretación adecuada, sin olvidar que se trata, en definitiva, de otorgar eficacia a unas garantías procesales con el rango de derechos fundamentales.

Es patente que la intención de la Constitución, en su art. 17 y la del legislador al aprobar la Ley Orgánica 7/83, de 23 de abril, fué la de establecer preceptivamente una garantía procesal con carácter general, aunque la reforma se centrase en los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una interpretación gravemente desviada sería la de entender que el legislador ha cumplimentado el mandato constitucional sólo en el ámbito de la Jurisdicción Ordinaria, y ha dejado un vacío normativo, colmable cuando se modifique los correspondientes artículos del Código castrense. Frente a ello, la única interpretación coherente con la Constitución y con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la de aplicar en este punto, con carácter subsidiario, la norma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en

cuanto establece una garantía procesal fundamental, de carácter omnicomprensivo.

3.2. Anotaciones complementarias sobre contrastres entre ambas Normas procesales

La comparación entre los *artículos 503 y 504* reformados y sus análogos (artículos 673 y 674) del Código de Justicia Militar, pone de manifiesto los siguientes extremos:

a) El *artículo 503* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estatuye en su párrafo primero: "que *para decretar* la prisión provisional *serán necesarias* las circunstancias siguientes...", a diferencia del *artículo 673* del Código Castrense, que, por el contrario, determina: "*La prisión preventiva se decretará cuando concurran las circunstancias que a continuación se expresan...*"

Una lectura de este último texto llevaría a pensar que la Autoridad Judicial *debe decretar* necesariamente la prisión cuando concurran las circunstancias establecidas. Sin embargo, según esa primaria interpretación esta norma quebrantaría los derechos y garantías constitucionales antes examinados, e, incluso, la letra de los textos y resoluciones internacionales ya referidos, en concreto, el *artículo 9.3* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la institución de la prisión provisional "*no debe ser la regla general*", así como la Recomendación del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1980 (que ha encontrado reflejo en nuestra Jurisprudencia constitucional) y a tenor de la cual "*la prisión provisional no debe ser obligatoria y la Autoridad Judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso*".

b) *La circunstancia primera del artículo 503* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene una disposición contraria a la del número primero del artículo 673 del Código Castrense. Sin embargo, hay que resultar que la Ley de Enjuiciamiento exige "*que conste en la causa la existencia de un hecho* que presente los caracteres del delito", mientras que el Código de Justicia Militar opta por la discrecionalidad al decir: "*Que a juicio del Instructor* aparezca la existencia de un hecho constitutivo de delito".

Evidentemente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal aplica mejor las garantías reiteradamente aludidas. La expresión "a juicio" hace relación a un convencimiento *subjetivo* de la Autoridad Judicial; la expresión "que conste", sin perjuicio de admitir que corresponde a la propia Autoridad Judicial, en virtud de un proceso psicológico, convencerse sobre este extremo, manifiesta un requisito de *carácter objetivo,* que exige signos de evidencia.

c) El *artículo 673* del Código de Justicia Militar, después de establecer, como segundo requisto para decretar la prisión preventiva, que el delito tenga señalada pena superior a seis años de prisión militar o a prisión menor, señala que "*podrá decretarse, aunque la pena sea inferior a las mencionadas, cuando el Juez lo considere conveniente, atendidas las circunstancias*

del delito y las personales y antecedentes del presunto culpable, o cuando se trate de hechos que hayan producido alarma o revistan gravedad o peligro en relación con la disciplina, el servicio o el orden público".

Esta norma discrepa ostensiblemente del *artículo 503* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde el momento en que éste determina que "para decretar la prisión provisional, *serán necesarias* las circunstancias siguientes: ...2ª) que éste (delito), *tenga señalada* pena superior a la de prisión menor, o bien que, aún cuando tenga señalada pena de prisión menor, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del inculpado, hasta que preste la fianza que se le señale".

La Ley de Enjuiciamiento Criminal refleja fielmente los principios constitucionales de *presunción de inocencia y de excepcionalidad de la prisión provisional,* que tiene como consecuencia el establecimiento de otra garantía: el señalamiento de una *pena mínima* para poder decretarla, garantía que no se contiene en el Código Militar.

d) Similarmente, el *artículo 504* de la Ley de Enjuciamiento Criminal establece *una excepción al artículo 503,* al prever que procederá decretar la prisión, aunque no concurra la segunda circunstancia de este artículo, siempre que "el inculpado no hubiera comparecido sin motivo legítimo al primer llamamiento del Juez o Tribunal, o cada vez que éste lo considere necesario".

En cambio, el Código de Justicia Militar en su *artículo 684,* además del supuesto antes mencionado, añade otros dos: *"Procederá, en todo caso, la prisión del reincidente y del que no tuviera oficio ni domicilio conocido".*

Esta adición del supuesto del reincidente –con el grave inciso que implica la expresión "en todo caso"– entraña una deformación del concepto técnico-jurídico de la reincidencia, según el artículo 10.15 del Código Penal (depués de la Reforma Urgente y Parcial de este Texto por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) reflejado, igualmente, en el *artículo 187,* núm. 15 del Código Castrense. La reincidencia hace relación a una *circunstancia modificativa* de la responsabilidad, accesoria del delito, *que sólo puede tenerse en cuenta cuando ha sido apreciado éste y no cuando el procedimiento está en curso,* y, en consecuencia, a la luz del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución, no puede subsistir como motivo para la prisión provisional esta circunstancia.

Por lo que se refiere a la necesidad de decretar la prisión "en todo caso", contra el que "no tuviera oficio ni domicilio conocido", es también patente su inadecuación a los principios de nuestro ordenamiento como refleja la Exposición de motivos de la citada Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, que, al referirse a la supresión de la presunción establecida en el último párrafo del *artículo 502* declara: "Es un exponente en el fondo de un defensismo antigarantista, apoyado, en ideas tan peligrosas como la de la culpabilidad por el modo de vivir".

III. RECAPITULACION Y PROPUESTA

1. De las consideraciones precedentes se infiere, en síntesis, que las garantías procesales establecidas por la Constitución, en sus *artículos 17 y 24*, con el rango de derechos fundamentales, protegibles en via de amparo, deben ser respetadas y protegidas en todos los procedimientos judiciales, tanto en la Jurisdicción Ordinaria como en la Jurisdicción Militar; y que, en consecuencia, la fijación de un "plazo máximo" de duración de la prisión preventiva (tal como lo ha estatuido la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, reformadora de los *artículos 503 y 504* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por imperativo del mandato que se contiene en el *artículo 17.4.* del texto constitucional) debe respetarse y aplicarse en los procesos que se tramiten ante cualquiera de dichas Jurisdicciones, sin necesidad de que se promulgue una nueva norma legal para modificar en ese punto lo establecido en el Código de Justicia Militar.

2. En todo caso, y a mayor abundamiento, es patente que las lagunas o vacios legales que se detecten en el Código de Justicia Militar en materia procesal, han de quedar cubiertos por las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que cumple una función supletoria del Código Castrense.

3. Dado que las finalidades objetivas del mandato contenido en el *artículo 17.4* de la Constitución, consonante con lo preceptuado en los Pactos y Convenciones Internacionales ratificados por España, son mantener la prioridad del principio básico de la "presunción de inocencia", mientras no se dicte sentencia condenatoria, y agilizar la función jurisdiccional y abreviar en todo lo posible la duración de los procedimientos, resulta obvio que ambas finalidades del precepto no sólo son congruentes con el sentido del Código de Justicia Militar, sino plenamente coherentes con él, dadas las pautas de puntualidad, inmediatez y eficacia inherentes a la Jurisdicción Castrense.

Finalmente, todo lo expuesto pone de relieve, que dichas garantías procesales, consagradas en los *artículos 17 y 24* de la Constitución y en los Pactos y Convenciones Internacionales ratificados por España e integrados, por consiguiente, en nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional, entrañan derechos humanos fundamentales que deben ser tutelados por los Tribunales de Justicia de cualquier Jurisdicción y que, además, gozan de la tutela especial del recurso de amparo, según preceptúa el *artículo 53.2* del texto constitucional.

En consecuencia, en cumplimiento de los deberes que incumben a esta Institución, a la luz del *artículo 54* de la Constitución y de los *artículos 1º*, 9 *y 15* de la Ley Orgánica 3/1988 de 6 de abril, por la que nos regimos, sometemos a la consideración de V.E. la recomendación o sugerencia (que prevén los *artículos 28 y 30* de la misma Ley Orgánica) de que se adopten con toda urgencia posible las medidas pertinentes, por el cauce que legalmente

corresponda, para que en todos los procedimientos judiciales de que conozca la Jurisdicción Militar se aplique lo establecido en los *artículos 503 y 504* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre requisitos y plazo máximo de la prisión provisional, a fin de dar así pleno cumplimiento a la letra y espíritu la Constitución.

Agradeciendo por anticipado a V.E. la información adecuada sobre las resoluciones que se adopten, le saluda atentamente,

2. Escrito remitido a las personas interesadas denegando la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra Leyes Orgánicas de reforma de la Justicia Militar.

2.1. Contestación a la petición de recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes Orgánicas 14/1985, de 9 de diciembre y 12/1985, de 27 de noviembre

Estimado Sr. :

En el primer momento posible (dada la acelerada acumulación de quejas y peticiones de recursos recibidas en esta Institución), agradecemos su escrito del día 20 de diciembre del pasado año, que tuvo acceso a nuestro Registro con el nº 339/86, según Vd. ya conoce por el recibo provisional que en su momento le fué enviado y a cuya numeración rogamos haga siempre referencia en ulteriores contactos.

I. Hemos analizado detenidamente su pretensión de que nuestra Institución ejerza la legitimación activa que le está conferida por el artículo 162.1 de la Constitución, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucionalidad, y el artículo 29 de nuestra propia Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el sentido de interponer un recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley Orgánica 8.1984, de 26 de diciembre, en correlación con el Código Penal Militar, así como contra la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Este recurso de inconstitucionalidad por Vd. solicitado, hacía referencia, en primer lugar, a la existencia en el referido Código Penal Militar, de ciertos tipos delictivos, predicables de ciudadanos que no revisten la condición de militar, por posible contradicción esta situación con lo determinado en el artículo 117.5 de la Constitución Española, al determinar que el ejercicio de la jurisdicción militar ha de reducirse al ámbito estrictamente castrense.

Entre estos supuestos, aunque han sido analizados detenidamente cada uno de los expuestos por usted, e, incluso algunos no alegados en su escrito, que pueden afectar también a civiles, se pueden significar, por su relevancia, el recogido en el artículo 61, referente al concepto de allanamiento de de-

pendencia militar, en el artículo 85, sobre desobediencia o maltrato de obra a centinela, y los recogidos en los artículos 180 y siguientes del mismo cuerpo legal, que aluden todos a delitos contra la Administración de Justicia Militar.

En segundo lugar, Vd. se refería a la existencia de la pena de muerte en aquel Código Penal, aunque reconocía que la misma era penosamente constitucional, y aludía, en concreto, a la posible contradicción del artículo 109 del Código Penal que acoge alguno de aquellos supuestos castigados con la pena de muerte, con el principio de seguridad jurídica, reconocido en el artículo 9.3 del Texto Constitucional.

En tercer lugar, su escrito hacía relación a la posible inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del Código Penal, por la posible violación del artículo 14 de la Constitución Española, habida cuenta que el mismo establece penas más elevadas para los objetores de conciencia que para los soldados, por los delitos que configura, referentes al abandono de la unidad, de cumplimiento de la prestación social sustitutoria, y negativa a cumplir la citada prestación, una vez declarada la exención al Servicio Militar.

Finalmente, su solicitud aludía a la posible inconstitucionalidad del artículo 9.20 de la Ley Orgánica 12/1975, de 27 de noviembre, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en cuanto configura como falta grave "mantener relaciones sexuales en Acuartelamientos, Buques, Bases y demás Establecimientos militares cuando atenten contra la dignidad militar", por la posible infracción de diversos artículos de la Constitución Española y entre ellos los artículos 14, 18 y 117.5.

II. Analizadas con la debida atención por los Servicios jurídicos de nuestra Institución sus detalladas alegaciones, y reunida nuestra Junta de Coordinación y Régimen Interior, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 18.1.b) de nuestro Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983 (B.O.E. nº 92, del día 18 del mismo mes y año y B.O.E. nº 97, del día 23), se emitió, por unanimidad, con fecha del día 10 de marzo pasado, el preceptivo informe, en el que se estima que no concurren los fundamentos jurídicos suficientes para interponer recurso de inconstitucionalidad contra las referidas Leyes Orgánicas, todo ello con el debido respeto a cualquier otra opinión diferente y sin mengua de los posibles recursos contra los actos de aplicación de la expresada norma legal, que se configuran en el artículo 162.1.b) de la Constitución y en los artículos 35 y siguientes y 41 y siguientes de la también referida Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, así como en los preceptos de la Ley 61/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las persona.

El mentado acuerdo de la Junta de Coordinación y Régimen Interior de nuestra Institución se basa, esencialmente, en los siguientes motivos:

1. Respecto a la primera cuestión planteada, sobre existencia en el Código Penal Militar, de tipos penales atribuibles a civiles, esta Institución ha tomado en consideración que esta situación viene posibilitada por el art. 117.5 de la Constitución Española, y jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente a este precepto.

En efecto, según esta jurisprudencia el "ámbito estrictamente castrense" no se refiere, únicamente, a los delitos cometidos por personas aforadas a lo militar, sino también a aquellas conductas excepcionales, cualquiera que sea la condición de la persona, que infrinjan, de manera clara, bienes jurídicos que puedan afectar a la Defensa Nacional encomendada a las Fuerzas Armadas.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 75/82, de 13 de diciembre, especifica en su Fundamento Jurídico 4º:

"Es, en consecuencia, evidente su finalidad de limitar la jurisdicción militar al 'ámbito estrictamente castrense' a que se refiere el artículo 117.5 de la Constitución, y de acuerdo con éste sólo puede interpretarse en el sentido de que 'ratione loci' la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionen bienes jurídicos de carácter militar, para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan 'contra cualquier persona', sea militar o paisano. La extensión de la jurisdicción militar a estos casos se explica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos puedan afectar a la Defensa Nacional encomendada a las Fuerzas Armadas, y ha de entenderse siempre, con arreglo al citado artículo 117.5 de la Constitución, que queda restringida a los casos en que existan esos motivos".

Continúa el referido Fundamento, expresando:

"De estas consideraciones y del carácter restrictivo que impone a la jurisdicción militar el tantas veces citado artículo 117.5 de la Constitución, de cuya lectura resulta que esa jurisdicción es de carácter especial y que normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria, se deduce que no basta para la atribución de una causa a la jurisdicción militar la simple invocación de que haya motivos que la justifiquen, sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen y en el caso concreto que nos ocupa que el conocimiento de un delito por razón del lugar en que se cometieron los hechos está justificado, porque esos hechos afectaban al 'buen régimen; al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas'".

2. Por lo que se refiere a sus alegaciones sobre la pena de muerte, esta Institución ha tenido en cuenta, como Vd. mismo reconoce en su escrito, lo establecido en el art. 15 de la Constitución Española, que exceptúa de su abolición los supuestos previstos en las leyes militares para tiempo de guerra.

No obstante este reconocimiento constitucional de la posibilidad de un desarrollo legislativo de la pena de muerte como realidad jurídica, esta Institución constitucional quiere transmitirle a Vd. su preocupación por la cir-

cunstancia de instauración de aquella pena, habida cuenta del bien jurídico que está en juego, es decir, la vida de una persona.

En este sentido, se ha considerado que su posible imposición, aunque se circunscriba a circunstancias excepcionales de guerra y que no desearíamos se volvieran a repetir en la historia de España, ha de estar rodeada de todas las garantías jurídicas reconocidas en la propia Constitución y ha de interpretarse con un carácter restrictivo, y en conformidad con los pactos y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tal como obliga el art. 10.2 de aquel Texto, por tratarse de una materia esencial relativa a los derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, y precisamente, en atención a su alegación de una mayor seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE) en el hipotético supuesto de la aplicación de aquella pena, que no ha de ser mermada por las circunstancias excepcionales de la guerra, esta Institución estudiará la remisión de una recomendación al Ministerio de Defensa, transmitiendo nuestro criterio sobre la necesidad de esa aplicación restrictiva, antes aludida, así como la interpretación de lo dispuedsto en el Código Penal Militar sobre la aplicación de la pena de muerte, en conformidad con lo dispuesto en aquellos Textos Internacionales, e incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de aquellas garantías que han de rodear en todo caso a su aplicación.

3. Por lo que respecta a la posible inconstitucionalidad del art. 8 de la Ley Orgánica 14/1985, de 19 de diciembre, esta Institución ha considerado que la referida Ley Orgánica viene a suponer una modificación de las penas establecidas para esos supuestos, favorable a los objetores de conciencia, en relación al Texto original de la Ley 8/1984, de 26 de diciembre.

Por otra parte, como ya tiene Vd. conocimiento, el Defensor del Pueblo ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, aludiendo en el mismo, la posible inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley Orgánica 8/84, de 26 de diciembre, teniendo siempre aquel Alto Tribunal la posibilidad de estudiar el supuesto por Vd. planteado, por cuanto el art. 39.1 de su Ley Orgánica reguladora, especifica que:

"Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia".

En este sentido hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica 8/84, de 26 de diciembre, sigue vigente, aunque ha variado su contenido por la expresada Ley Orgánica 14/85, por lo que ha de llegarse a la consecuencia de que el Tribunal Constitucional, según lo anterior, al estar recurrida la expresada Ley Orgánica 8/84, puede ahora pronunciarse sobre otros extremos de la misma, aunque no hayan sido alegados en estos momentos mediante la interposición de un nuevo recurso de inconstitucionalidad.

4. En relación al último punto de su escrito, sobre posible inconstitucio-

nalidad del artículo 9.20 de al Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que considera falta grave la conducta tipificada como "mantener relaciones sexuales en Acuartelamiento, Buques, Bases y demás Establecimientos Militares cuanto atenten contra la dignidad militar", únicamente nos cumple remitirnos a nuestra comunicación de fecha 26 de febrero del presente año, en virtud de la cual se le participaban los motivos por los cuales no se interpuso el expresado recurso.

Como Vd. sabe esta comunicación le fué remitida con anterioridad, por cuanto la Ley Orgánica 12/85, tiene una fecha anterior, 27 de noviembre de 1985, a la del Código Penal Militar ahora estudiado, por lo que la fecha de vencimiento del recurso, según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, finalizó el pasado 27 de febrero de 1986.

En consecuencia de todo ello, esta Institución se ratifica en su acuerdo de no ejercitar la legitimación activa para interponer recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 61, 62, 66, 85, 129, 180, 182, 183, 185, 186 y 187 del Código Penal Militar, el artículo 8 de la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, en correlación con el Código Penal Militar, y artículo 8, nº 20, de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de las garantías e instrumentos de defensa que el ordenamiento jurídico establece en cuanto a la aplicación concreta de dichas normas legales.

Reiterándole nuestro agradecimiento por la deferencia que tuvo al acudir a nosotros, le saluda atentamente,

2.2 *Contestación a la petición de recurso de inconstitucionalidad contra el art. 9, nº 20 de la Ley Orgánica 12/2985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.*

Estimado Sr. :

En el primer momento posible (dada la acelerada acumulación de quejas y peticiones de recursos recibidas en esta Institución), agradecemos su escrito del día 20 de diciembre del pasado año, que tuvo acceso a nuestro Registro con el nº 339/86, según Vd. ya conoce por el recibo provisional que en su momento le fué enviado y a cuya numeración rogamos haga siempre referencia en ulteriores contactos.

En cumplimiento de nuestro deber, hemos analizado detenidamente su solicitud de que nuestra Institución ejerza la legitimación activa que le está confiada por el artículo 162.1 de la Constitución, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, y el artículo 29 de nuestra propia Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el sentido de interponer un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 9, nº 20, de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, sobre Régimen

Disciplinario de las Fuerzas Armadas (B.O.E. nº 286, de 29 de noviembre del mismo año), según el cual se considera falta grave la conducta tipificada como "mantener relaciones sexuales en Acuartelamientos, Buques, Bases y demás Establecimientos Militares cuando atenten contra la dignidad militar".

Analizadas con la debida atención por los Servicios jurídicos de nuestra Institución sus detalladas alegaciones, y reunida nuestra Junta de Coordinación y Régimen Interior, en cumplimiento de lo preceptuado por el art. 18.1.b) de nuestro Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983 (B.O.E. nº 92 del día 18 del mismo mes y año y B.O.E. del día 23), se emitió, por unanimidad, con fecha del día 24 del mes en curso, el preceptivo informe, en el que se estima que no concurren los fundamentos jurídicos suficientes para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la referida Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, todo ello con el debido respeto a cualquier otra opinión diferente y sin mengua de los posibles recursos contra los actos de aplicación de la expresada norma legal, que se configuran en el art. 162.1.b) de la Constitución y en los arts. 35 y siguientes y 41 y siguientes de la también referida Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, así como en los preceptos de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

El mentado acuerdo de la Junta de Coordinación y Régimen Interior de nuestra Institución se basa, esencialmente, en los siguientes motivos:

1. No se aprecia quebranto del art. 14 de la Constitución, en cuanto que el texto del art. 9, nº 20, de la Ley cuya impugnación se pretende (en lo sucesivo LORDF), no entraña discriminación por razón de sexo, ya que explícitamente habla en plural de "relaciones sexuales", lo que obviamente engloba a las que existan entre cualesquiera personas del mismo o diferente sexo.

El legislador en este punto ha modificado, en forma congruente con la Constitución, lo que establecía el art. 352 del Código de Justicia Militar de 1945, del Capítulo denominado "Delitos contra el honor militar", donde, efectivamente, se penalizaban como delitos "los actos deshonestos con individuos del mismo sexo" y de ahí se derivàban las condenas que usted denuncia.

En consecuencia, no resulta posible interpretar que únicamente las relaciones con personas del mismo sexo son las que ahora se sancionan, y no ya como figuras delictivas, sino solamente como faltas graves de carácter disciplinario, sean cuales sean las personas sexualmente relacionadas.

2. Esta Institución, y con referencia al expresado tipo penal del art. 352 del Código de Justicia Militar, promovió ya ante el Gobierno la supresión del mismo, en tanto en cuanto configuraba las relaciones homosexuales en el ámbito de las Fuerzas Armadas como delito y recomendó su modifica-

ción, según consta en el Informe 1984 a las Cortes Generales (B.O. de las Cortes, nº 122, de 27 de mayo de 1985).

El texto actual, impugnado por usted, del art. 9 de la LORDF, no sanciona ya como delito, sino sólo como falta grave, las relaciones sexuales de cualquier índole en la órbita de los Acuartelamientos, Buques, Bases y demás Establecimientos Militares, y únicamente cuando atenten contra la dignidad militar, pero es obvio que ese atentado puede realizarse en relaciones, incluso, entre personas de distintos sexo, cuando concurran circunstancias muy concretas.

Deben ser, por consiguiente, los órganos judiciales que conozcan esos casos, quienes aprecien si dichas relaciones entre personas del mismo o distintos sexo, y dentro de Establecimientos Militares, afectan o no a la dignidad militar y en esos procedimientos, actualmente de carácter disciplinario, los afectados podrán disponer del asesoramiento jurídico de un Letrado (artículo 41), y sin perjuicio de los recursos establecidos en los artículos 50 y 52 de la LORDF.

3. Igualmente, el art. 9 de la LORDF impugnada, se restringe, como ya se ha dicho, al mantenimiento de relaciones sexuales *dentro* de los Establecimientos Militares, pero no a las que puedan tener lugar *fuera* de los mismos, aunque lo realicen personas sometidas a la disciplina militar, con lo que no es posible apreciar violación del art. 18 de la Constitución.

4. Tampoco es posible apreciar violación del art. 117.5 de la Constitución, ya que, como acaba de decirse, las relaciones sexuales fuera del ámbito estrictamente castrense, no podrán ser sancionadas al amparo del art. 9, nº 20, de la LORDF.

5. Finalmente, no se aprecia la infracción que, igualmente, se alega del art. 9.3 de la Constitución, respecto a la seguridad jurídica, ya que, según reiterada jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, cuanto del Tribunal Constitucional, ésta no resulta infringida cuando una Ley Orgánica establece determinados límites al ejercicio de las libertades y de los derechos humanos, dotando a la persona afectada por la acción de los tribunales de las pertinentes garantías de asistencia letrada y de recursos contra las resoluciones que se impongan.

En consecuencia de todo ello, esta Institución se ratifica en su acuerdo de no ejercitar la legitimación activa para interponer recurso de inconstitucionalidad contra el referido art. 9, nº 20, de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, sin perjuicio de las garantías e instrumentos de defensa que el ordenamiento jurídico establece en cuanto a la aplicación concreta de dicha norma legal.

Reiterándole nuestro agradecimiento por la deferencia que tuvo al acudir a nosotros, le saluda atentamente,

3. Escrito remitido al Ministro de Defensa sobre Seguridad Social de los soldados y marineros.

Excmo. Sr. :

Como V.E. ya conoce, la Ley 28/1975, de 27 de junio constituye el Régimen especial de Seguridad Social en las Fuerzas Armadas, acogiendo en su ámbito de protección, junto a los militares profesionales, a los soldados y marineros incorporados al Servicio Militar.

Sin embargo, el Real Decreto-Ley 9/1976, de 23 de julio, deja en suspenso la aplicación a estos últimos de aquellos beneficios, posibilitando al Gobierno la fijación concreta de su entrada en vigor.

Por la situación de desprotección de este colectivo de soldados, el Defensor del Pueblo, como así consta en los Informes remitidos a las Cortes Generales, correspondientes a la gestión de 1983 y 1984, sugirió a ese Departamento a promulgación de una norma reglamentaria que viniera a levantar la suspensión de su Régimen de Seguridad Social.

Esta suspensión ha sido levantada, felizmente, por Real Decreto 545/1986, de 7 de marzo, fijando, no obstante, esta norma, como fecha de aplicación del Régimen especial la de 1 de julio de 1986.

Este, por otra parte, es el criterio que viene sustentádose por ese Ministerio, a los fines de proceder a denegar la aplicación de los beneficios de este Régimen de Seguridad Social a algunos soldados accidentados con anterioridad a aquella fecha (así, escrito de 16 de septiembre de 1986, de la Subdirección General de Personal, que se remite a V.E. a efectos de su conocimiento).

Por esta importante circunstancia, y por la reiteración ante esta Institución de escritos de soldados manifestando haber sufrido graves accidentes con anterioridad a esta fecha (entre otros, Queja nº 2.407/83, suscrita por D. ....., en tratamiento en el Centro Nacional de Rehabilitación de Parapléjicos de Toledo), se ha valorado la conveniencia de remitir, en virtud de las competencias que tenemos asignadas por el artículo 54 de la Constitución y concordantes de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, una sugerencia a V.E., consistente, en este momento, en que el derecho a los expresados beneficios se atribuya, no desde la fecha del 1 de julio de 1986, sino desde la fecha concreta de la entrada en vigor de la Ley 28/1975, de 27 de junio.

Así, según esta interpretación, es la entrada en vigor de la Ley 28.1975, de 27 de junio, la que aparece como relevante a estos efectos, por cuanto, al establecer ésta el Régimen especial de Seguridad Social, constituyó unas relaciones jurídicas y unas expectativas de adquisición de derechos subjetivos en materia de Seguridad Social, que no han de verse mermados por la suspensión temporal de su eficacia.

Esta consideración parte de diferenciar entre el acontecimiento normati-

vo que da origen a un derecho o beneficio, es decir, el nacimiento de la titularidad, y el momento en que este derecho resulta ejercitable.

Esta interpretación, además, aparece avalada por el propio sentido del Real Decreto-Ley 9/1976, de 23 de julio, el cual, al acordar la suspensión, lo justifica en "las serias dificultades que se plantean en la práctica por la inexistencia de un aparato burocrático capaz de hacerse cargo de estos cometidos"; por ello, al formarse el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, mediante Real Decrecho 2330/1978, de 29 de septiembre, Entidad Gestora de este Régimen, y hallarse en pleno funcionamiento, parece adecuado considerar que ha de proveer a la Seguridad Social de los soldados desde que la norma primera (Ley 28/1975, de 27 de junio) ideó este Régimen especial.

Esta interpretación, por otra parte, parece salvaguardar el principio de seguridad jurídica, al establecer una fecha concreta de vigencia de unas previsiones normativas, contribuyendo a afirmar el criterio del art. 41 de la Constitución, y, en definitiva, supone una interpretación más justa del Ordenamiento Jurídico.

Agradeciendo a V.E. por anticipado la atención que preste a esta sugerencia, el saluda atentamente.

4. Escrito remitido al Ministro de Defensa sobre Ascensos Honoríficos.

Excmo. Sr. :

Se han venido recibiendo en esta Institución constitucional, numerosas quejas relativas a la interpretación y aplicación de la Ley 81/1980, de 20 de diciembre, de ascensos honoríficos del personal retirado de los tres Ejércitos, Guardia Civil y Policía Nacional, publicada en el B.O.E. nº 23, de fecha 27 de enero de 1981.

I. En todas las quejas remitidas a esta Institución, se ha puesto de manifiesto por los interesados, la desestimación de sus pretensiones de ascensos honoríficos, por estimar la Junta de Clasificación designada al efecto que no reunían todas las condiciones exigibles a juicio del citado órgano, informándoles en la resolución que a tenor de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 81/80, contra los acuerdos adoptados no puede interponerse recurso alguno.

Se ha comprobado que, en efecto, el artículo 11 de dicha Ley dispone:

"Contra los acuerdos adoptados por el Consejo Superior, Junta de Clasificación u Organismos competentes no se podrá interponer recurso alguno".

II. A la vista de estos antecedentes, esta Institución considera oportuno realizar las siguientes observaciones:

Formulado en esos términos el artículo 11 de la Ley, pudiera no cumplir las exigencias derivadas del artículo 24.1 de la Constitución que garantiza a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

De otra parte, el artículo 106.1 del Texto Constitucional establece que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, sin hacer distinción alguna a estos efectos, entre Administración Civil y Militar. Así pues, no es posible sostener la existencia de zonas de la actividad administrativa exentas de control jurisdiccional, cuando dichas actividades pueden ser referidas a normas preestablecidas.

Los solicitantes de los ascensos a que se refiere la Ley 81/80, aunque no pueda hablarse de un derecho subjetivo, ostentan un interés legítimo que en cuanto tal, tiene entidad suficiente para permitirles acceder a la tutela efectiva de jueces y tribunales, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución.

No es obstáculo para la revisión jurisdiccional de las resoluciones en materia de ascensos honoríficos su contenido discrecional. La discrecionalidad como afirma la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en lo sucesivo L.J.C.A.), no puede predicarse del acto en bloque, como es este el caso, pues la Ley 81/80 establece un conjunto de elementos reglados en la decisión sobre el ascenso honorífico solicitado. Pero es que, además, la utilización de potestades discrecionales por la Administración interpretando conceptos jurídicos en mayor o menor medida indeterminados, no queda exenta de la posibilidad de revisión en vía jurisdiccional.

Como exponente de los principios vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, la Exposición de Motivos de la L.J.C.A., ya citada, dice:

"La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación; y aquella no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto, por delegar el ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata y *haber actuado el Organo con Arreglo a Derecho*, el acto impugnado es legítimo".

De lo que resulta, que la actuación discrecional de la Administración puede someterse a un juicio de legalidad, enjuiciamiento que no sólo es una posibilidad sino una exigencia directamente derivada de la garantía de acceso a la tutela judicial de derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución Española.

Por otro lado, la solicitud de ascenso honorífico, al sustentarse en una ley que determina los supuestos y requisitos en que procede concederlo, no puede considerarse, por las razones expuestas, como petición graciable, y excluir así la impugnabilidad de las resoluciones del Consejo Superior, Juntas y Organos competentes para decidir en esta materia.

Finalmente, procede recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, a propósito de los supuestos de inimpugnabilidad de actos administrativos a que se refiere el artículo 40 de la L.J.C.A.

En relación con el supuesto d) de dicho artículo, que se refiere a "las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos, se-

guidos a Oficiales, Suboficiales y Clases de tropa o marinería con arreglo al artículo 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar; las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente", el Auto del Tribunal Constitucional de 22 de octubre de 1980, señaló:

"De ésta (la Constitución) se infiere que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1) y que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos por parte de Jueces y Tribunales (art. 24.1).

Ahora bien, la excepción contenida en el artículo 40.d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, en cuanto dejaría fuera de control de la legalidad a determinados actos de la Administración Militar, es contraria al artículo 106.1 de la Constitución Española y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener la tutela judicial de sus derechos es contraria al artículo 24.1 de la misma".

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del mismo alto Tribunal, de 17 de mayo de 1983, a propósito del artículo 40.f) de la L.J.C.A. que excluye del recurso jurisdiccional:

"Los actos que se dicten en virtud de una Ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa".

En dicha Sentencia (fundamento jurídico 2°) el Tribunal *declaraba derogado* el citado precepto de la Ley de 27 de diciembre de 1956 y *la disposición adicional tercera de la Ley 78/1968, sobre escalas y ascensos en los cuerpos de oficiales de Marina,* por oponerse al artículo 24 de la Constitución.

La doctrina contenida en ambos pronunciamientos y las consideraciones antes expuestas, resultan plenamente aplicables al artículo 11 de la Ley 81/1980, si bien por tratarse de una Ley post-constitucional la técnica apropiada no puede ser la de derogación, en virtud de la disposición derogatoria, párrafo 3° de la Constitución.

III. En base a lo anteriormente expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Constitución y artículos 1 y concordantes de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, esta Institución constitucional, tomando en consideración la posible infracción del artículo 24.1 de aquel Texto Constitucional, ha valorado la necesidad, en virtud del ámbito de competencias que atribuye a la misma el artículo 28 de su Ley reguladora, de remitir a V.E. una sugerencia, referente a que por ese Departamento se estudie la procedencia de adoptar las iniciativas necesarias para posibilitar una modificación del artículo 11 de la Ley 81/1980, de 30 de diciembre, de ascensos honoríficos del personal retirado de los tres Ejércitos, Guardia Civil y Policía Nacional, a los fines de permitir la impugnación de las resoluciones dictadas en estas materias.

Agradeciendo a V.E. por anticipado su buena disposición, le saluda atentamente.

COMPARECENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DE DEFENSA PARA INFORMAR SOBRE LA REFORMA LEGISLATIVA DE LA JURISDICCION MILITAR

Se abre la sesión a las once horas y diez minutos.

El Señor PRESIDENTE: Señorías, se abre la sesión.

El único punto del orden del día es la comparecencia, a petición propia, del Ministro de Defensa, en relación con la reforma legislativa de la jurisdicción militar, que el Ministro expondrá a continuación.

De acuerdo con los portavoces y con la Mesa, hemos ordenado la sesión de la manera siguiente: después del informe del Ministro de Defensa suspenderemos brevísimamente la sesión, por espacio de 10-15 minutos, para que los grupos parlamentarios puedan ordenar sus intervenciones, dando la palabra al renaudar la sesión a cada uno de los grupos parlamentarios. Sugiero a SS. SS. que en ese momento procedan a entregar a la Mesa las sustituciones. Después intervendrán los grupos parlamentarios, comenzando por Alianza Popular y terminado con el Grupo Socialista. El Ministro responderá, en principio, individualizadamente a cada uno de los grupos y, posteriormente a sus respuestas, habrá un turno de aclaraciones o réplica por parte de cada uno de los grupos parlamentarios. Dependiendo de cómo llevemos el tiempo, podemos abrir una segunda ronda individualizada sobre el mismo tema, que será respondida de manera global por el Ministro, con lo cual concluiremos la sesión.

Aprovecho en nombre de la Comisión para agradecer la comparecencia del Ministro, darle la bienvenida y, sin más preámbulos, señorías, el señor Ministro de Defensa tiene la palabra.

El Señor MINISTRO DE DEFENSA (Serra Serra): Señor Presidente, señoras y señores Senadores, comparezco ante la Comisión de Defensa del Senado para tratar de un aspecto que es fundamental –lo ha sido en la pasada legislatura y aún lo es en la actual– dentro del cúmulo de esfuerzos más globales para tener en España una política de defensa homologable a la de los países que nos rodean, una estructura institucional de relaciones entre las Fuerzas Armadas y la sociedad propia no ya tan sólo de un régimen democrático en abstracto, sino coherente con la Constitución que los españoles nos otorgamos en 1978. Creo que SS. SS. coincidirán conmigo en que

la fecha de comparecencia es oportuna para que discutamos conjuntamente sobre este tema puesto que ayer en toda España, hay en Madrid, puesto que ayer era día festivo, ha entrado en vigor la Ley Orgánica de competencia y organización de la Jurisdicción Militar, los tribunales militares de creación reciente de acuerdo con todo este esfuerzo legislativo y, por tanto, se constituye el Tribunal Militar Central y el jueves se constituye la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Por consiguiente, estamos en la semana de inicios, de despegue del sistema que con este nuevo marco hemos ido delimitando en la legislatura anterior, en parte en la legislatura actual, y que pretendemos quede definitivamente concluído con el apoyo de ambas Cámaras en el año presente, en 1988, con la aprobación de la Ley procesal.

Como les decía, el Consejo General del Poder Judicial en el Pleno que celebró el pasado día 19 de abril, hace escasamente dos semanas, designó a los ocho Magistrados que compondrán a partir del próximo jueves la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, cuatro de ellos Ministros togados de los cuerpos, ahora ya Cuerpo Unico de la Justicia Militar, que fueron elegidos por el Consejo del Poder Judicial a partir de las ternas que presentó el Ministerio de Defensa; los otros cuatro Magistrados y el Presidente designados libremente, según los procedimientos establecidos, por el Consejo General del Poder Judicial. Con la constitución de esta Sala, con la toma de posesión por parte de sus integrantes el próximo jueves se logra dar, quizá, el paso definitivo más concluyente del proceso de unificación de las jurisdicciones que viene impuesto por nuestra Constitución.

Como señalaba a SS. SS. esta semana no sólo se constituye la Sala Quinta del Tribunal Supremo, sino que hoy se constituye el Tribunal Militar Central, van a tenerse que constituir los Tribunales Militares territoriales –de ellos hablaré más adelante–, los jueces togados y, también, va a iniciar su actuación la Fiscalía jurídico-militar, a partir de la aplicación de la Ley Orgánica que he mencionado, incardinada dentro de la Fiscalía General del Estado. Esto supone otro paso más en este proceso continuado desde 1980 con el fin de avanzar hacia la unidad de jurisdicciones, impuesta por la Constitución.

Señorías, es obvio que esta nueva estructura judicial, que quisiera analizar posteriormente con mayor detalle, innova profundamente los criterios y las formas de actuación de la jurisdicción militar que, partiendo de códigos que son de finales del siglo XIX, había permanecido en temas esenciales prácticamente inalterada hasta nuestros días. Por primera vez a partir de esta semana, señorías, la función de juzgar en el ámbito militar queda atribuida con carácter exclusivo y excluyente a los órganos jurisdiccionales militares. Por primera vez, desde esta semana la función de juzgar se separa pues, de los órganos de mando. Los órganos de mando quedan desposeídos de sus capacidades jurisdiccionales a partir del 1º de mayo y pasan a tender las facultades que, dentro del concepto de esas Fuerzas Armadas, les corres-

ponden y debe de tener la justicia militar limitadas estrictamente al ámbito castrense. La función del mando es disciplinaria y a eso obedece, señorías, como muy bien saben, la distinción que en la pasada legislatura hicimos entre el Código Penal y la ley disciplinaria precisamente para permitir los avances que con la ley orgánica que comento han entrado en funcionamiento esta semana.

Este criterio de separación de la Justicia, de aplicación de normas disciplinarias, que, evidentemente, está basado en una necesaria tecnificación jurídica de los Tribunales, que, como SS. SS. saben, a partir de ahora son predeterminados, no excluye, sin embargo, de esos tribunales a los no técnicos en Derecho; es decir, continuarán formando parte de esos tribunales militares de las armas. Por tanto, en determinados niveles los tribunales van a ser de composición mixta, los integrarán profesionales de las armas. Lo que va a suceder es que de una forma regulada, según el artículo 39 de la Ley Orgánica de competencia y organización de la Jurisdicción Militar, se define una fórmula no arbitraria a partir de listas de Generales de Brigada y de Contraalmirantes que se fijarán anualmente y, de esta forma, la composición mixta del Tribunal no está ligada a la voluntad del mando en cuanto a la designación de la personas, sino a un mecanismo objetivo que las dos Cámaras aprobaron en el artículo 39 de la Ley Orgánica de competencia y organización de la Jurisdicción Militar.

De este modo permitimos que, dentro de los juzgadores, se incluyan profesionales que proceden del ambiente en que se produjo el hecho que se juzga y permitiremos una administración de la justicia más vinculada al conocimiento, a las consencuencias, a la tutela de la estructura, a la tutela de los fines que justifican la existencia de las Fuerzas Armadas.

Después de este preámbulo en el que quería poner de relieve la trascendencia de las modificaciones que se han puesto en vigor precisamente esta semana, sería quizá conveniente que examináramos, aunque fuera brevemente, el proceso de la reforma de la justicia militar; o, dicho de otra manera, el proceso de diseño y aprobación por las Cámaras del nuevo marco en el que se desenvuelve la justicia militar. Evidentemente, el inicio de este proceso es *la Constitución de 1978.*

La Constitución expresa en su contenido la concepción tradicional del Estado de Derecho, propugnando la división de sus funciones, de su actividad, en legislativas, de ejecución o administración y jurisdiccionales.

La Constitución es clara al determinar los principios por los que ha de regirse la función de juzgar y ejecutar lo juzgado. Esos principios están recogidos en el Título VI. El Título VI tiene com rúbrica la expresión "Del poder judicial" y es mi opinión –que creo la compartirán SS. SS.– que con ello el legislador constituyente quiso subrayar precisamente la independencia que debe tener en un estado democrático el Poder judicial.

Entre los principios de este Título VI tiene especial relevancia para todo el proceso que tenemos que examinar el principio de unidad jurisdiccional,

al que me he referido también como uno de los ejes básicos inspiradores de la reforma. El principio de unidad jurisdiccional está incluído en el artículo 117, párrafo 5 de la Constitución que voy a leer porque su cumplimiento ha tenido evidentemente gran trascendencia en todo el proceso que examinaremos. Dice así: "El principio de unidad jurisdiccional" –dice la Constitución– "es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución".

De ahí, señorías, parte todo el esfuerzo que se tradujo ya en una reforma del Código Penal Militar, en 1980, y que posteriormente ha ido desgranándose en el conjunto de leyes que hoy integran el nuevo marco de la justicia militar.

Creo que es conveniente que diga –y esta afirmación ha sido corroborada por la aprobación de las leyes por ambas Cámaras, hasta el momento– que el reconocimiento de la existencia de la Jurisdicción Militar –reconocimiento que se incluye en el artículo 117, párrafo 5 de la Constitución que he leído– no es un obstáculo para la unidad de jurisdicción que la misma Constitución establece, pero debía diseñarse cómo se encardinaba esta Jurisdicción Militar, limitada también al ámbito estrictamente castrense dentro de esa unidad jurisdiccional que recoge la Constitución.

La solución que han ido adoptando las Cámaras fue ya dibujada en las primeras leyes –las leyes forman un todo coherente– y precisamente ha abocado a esta Constitución de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que he comentado.

Quizá si nos refiriéramos a *la Ley orgánica de criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar, que es la ley orgánica 6/1980,* tendríamos el segundo paso que el legislador da en la dirección de este nuevo marco de justicia militar. El artículo 40 de esta Ley Orgánica de criterios básicos formula una serie de criterios que han sido seguidos fielmente en el desarrollo legislativo posterior y que han sido realmente las instrucciones sobre la que se ha trabajado desarrollando el modelo de justicia militar que comentamos.

Quizá sería conveniente que diera lectura a este artículo porque la continuación de la exposición no será más que una ilustración del cumplimiento de estos criterios establecidos ya en 1980. "La justicia militar" –dice el artículo 40 en el párrafo 1– "se administrará en nombre del Rey en la forma que señala el Código de Justicia Militar y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo ciento veintitrés de la Constitución".

En el párrafo 2 dice: "La ley regula el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio" –hasta aquí la frase es copiada literalmente de la Constitución– "bajo los principios de especialidad jurisdiccional. Esta expresión es importante porque fue definitiva a la hora de escoger la orientación que tendría un nuevo

Código Penal Militar, a lo que luego me referiré. Y concluye el párrafo diciendo: salvaguardando debidamente la unidad del Poder Judicial del Estado.

El párrafo 3 dice: "La Jurisdicción Militar conocerá, juzgará y ejecutará lo juzgado en los procedimientos que en la misma se sigan conforme a lo establecido en el Código de Justicia Militar".

El párrafo 4 dice: "El procedimiento penal militar establecerá la garantía de defensa. La apelación, casación o revisión de los fallos de los Jueces y Tribunales estarán regulados al Código de Justicia Militar con las restricciones que para el estado de sitio o tiempo de guerra se determinen".

Dice el número 5: "La constitución, funcionamiento, gobierno y estatuto de la autoridad Judicial Militar, sus Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal Jurídico-militar y el personal a ellos asignados se regulará en el ley y en los reglamentos de su desarrollo".

Aquí terminan las instrucciones que la Ley de criterios básicos daba en cuanto a la organización de la justicia militar. Fruto de estas instrucciones de la ley 6/1980 fue la ley 9/1980, hoy superada por los nuevos Códigos que reformaba de manera transitoria, resolviendo algunos de los problemas más perentorios del Código Penal Militar.

En la ley 9/1980 se produjo ya una clara limitación de competencia. Prácticamente, con esa modificación transitoria ya fue imposible juzgar a civiles por causas como injurias a las Fuerzas Armadas; se avanzó claramente en la tecnificación de los órganos judiciales militares, por ejemplo, suprimiendo el Fiscal militar, que no era técnico en derecho profesional de las armas, y obligando a un defensor técnico en derecho y, por tanto, dando entrada al defensor letrado, creando los juzgados togados militares de instrucción.

Otro avance de esta Ley 9/1980 es la introducción del recurso de casación, que, si bien se estableció de forma limitada, luego la jurisprudencia constitucional lo amplió. Aunque no sea normal que las leyes creen comisiones, quisiera poner de relieve ante SS. SS. que la Ley Orgánica 9/1980 terminaba creando una Comisión que debía elaborar el nuevo proyecto de Código Penal o el conjunto de códigos que configurasen la reforma de la justicia militar. Pese a que a esta Comisión se le dice un plazo de un año para presentar los trabajos, por muchas razones que son obvias en este momento no pudo terminar sus labores en el citado plazo, lo que supone que culminar por completo el proceso de reforma de la justicia militar habrá requerido 8 años, pero es probable que en aquel momento, a mediados de 1980, ni el Ejecutivo ni el Legislativo tuvieran aún una idea clara del conjunto de disposiciones y, por tanto, de la trascedencia y profundidad que acabaría teniendo el proceso de reforma de la justicia militar.

Siguiendo con el tema de la Comisión constituída en la Ley Orgánica de 1980, es evidente que debió inicar sus trabajos reflexionando sobre el Código que estaba vigente en aquel momento, es decir, el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. Este Código, entre otras caracterís-

ticas, tiene la de que es un verdadero vademécum jurídico. Puedo asegurarles a SS. SS. que he tenido que utilizarlo en muchas ocasiones por el papel que hasta ahora tenía el mando, evidentemente en la aplicación de la justicia militar. Y quiero asegurar a SS. SS. que he estudiado a fondo todas las solicitudes de indulto o de conmutación de pena que me han llegado. Es evidente para cualquier conocedor de dicho Código que en él se pretende recoger todo tipo de normas para la aplicación de la justicia militar, no sólo estrictamente penales, sino procesales, disciplinarias, de organización de la justicia administrativa. Como les decía, *tiene sus orígenes en los códigos de fines del siglo XIX:* en el Código Penal de 1884, en el Penal de la Marina de Guerra de 1888 y en el Código de Justicia Militar del Ejército del año 1890, y probablemente de esos antecedentes se deriva la complejidad normativa del Código de 1945, que quedará plenamente derogado cuando las Cámaras aprueben la próxima ley procesal que ya ha sido remitida al Congreso.

La finalidad de los Códigos del 88 y del 90 era, evidentemente, diferenciar los procesos jurídicos militares de los comunes. Esta línea de conducta existe también en el Código de 1945. Lo que sucede es que, por las circunstancias históricas y por las características del régimen político del momento, el Código del 45 incorporó una serie de disposiciones excepcionales que consagraron el hecho de que la actuación de la jurisdicción militar saliese de forma clara, rotunda, de los límites estrictamente castrenses.

Los antecedentes que incorporó eran la Ley de Jurisdicciones del año 1906 –en todo lo relativo a los delitos de injurias a los Ejércitos– y las leyes denominadas de Seguridad del Estado de 1941 y de 1943, que consagraron al Código de Justicia Militar como un medio de protección del régimen político que había surgido de la guerra civil. Por ese motivo el Código Militar de 1945 es la manifestación de una concepción del poder que descansa en la fuerza militar y que, por lo tanto, convierte a la justicia militar en un elemento de mantenimiento de este poder obligándole a realizar funciones que no le son propias como tal. Entre ellas está, por ejemplo, el enjuiciar delitos que tenían incidencia en el orden público o sobre otros aspectos de la sociedad que en nada estaban relacionados con la misión y estructura de los Ejércitos.

Frente al Código de 1945 diseñamos, *a partir de 1982,* una respuesta que estaba dividida en varios códigos. Por lo tanto, la primera decisión que propuso *la Comisión formada en 1980* fue la de ir hacia un conjunto de leyes y no intentar seguir el camino del Código vademécum propio de 1945. Por tanto, se diseñó un nuevo marco de justicia militar constituído por una nueva Ley Penal Militar, por una nueva Ley Orgánica de Régimen Disciplinario –luego me extenderé en esa diferenciación–, por una Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y por una Ley Procesal. Es decir, se dividió en cuatro partes, que obedecen: las dos primeras a la necesidad de separar el mando del ejercicio de impartir la justicia; una Ley

Orgánica de Competencia para definir la estructura y la organización de la jusitica militar, de sus tribunales, para abordar todos estos mandatos de una justicia independiente, predeterminada, tecnificada; y la Ley Procesal para ajustar los procedemientos al máximo posible a las necesidades de las Fuerzas Armadas y también a las pautas señaladas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A estas *cuatro leyes* ya dibujadas por la Comisión de trabajo creada en 1980, y que terminó sus labores alrededor de 1982, hemos añadido la *Ley de Planta y Demarcación de la Jurisdicción Militar,* es decir, la definición de los ámbitos de los órganos que componen la jurisdicción militar, y hemos añadido *la Ley de Unificación del Cuerpo Jurídico militar de la Defensa,* como ley que está al servicio de esa necesidad de que la justicia sea justicia militar y no propia de cada uno de los Ejércitos.

Como SS. SS. saben en este momento está en trámite de discusión parlamentaria –y a él me referiré con un poco más de detenimiento en adelante– el proyecto de ley procesal. Este fue aprobado por el Gobierno el 25 de marzo y ha sido publicado en el Boletín de las Cortes e iniciará su discusión en el Congreso de los Diputados el 15 de abril.

Como complemento de estas seis leyes quisiera citar, porque han tenido importancia en todo el proceso, *la Orden ministerial 43/1986, de 27 de mayo,* por la que se aprobaron las instrucciones para la aplicación del régimen disciplinario, y pareció necesario que, dando el cambio de orientación que suponía separar lo disciplinario de lo penal y la existencia de dos códigos, se dieran estas instrucciones; también se han tomado medidas en relación a la que denominamos *el Plan General de infraestructura penintenciaria,* intentando reducir el número de establecimientos penitenciarios, pero dándoles la dignidad necesaria; y también se han tomado medida en relación a adecuaciones, transitorias si se quiere, pero de importancia, de los reglamentos penitenciarios. La última medida en esa dirección ha sido la Orden ministerial 45/1987, de 23 de julio, que fue publicada en el Boletín de Defensa el 28 de julio. Recientemente, para permitir la puesta en práctica de toda esa modificación jurídica, se ha aprobado por Consejo de Ministros y está publicado el Real Decreto que organiza el Ministerio para, básicamente, *crear la Subsidirección* que, a partir del 1 de mayo, debe realizar el trabajo de *fijación de pensiones.* La fijación de pensiones estaba residenciada en el Congreso Supremo de Justicia Militar, lo que evidentemente, era encargar a un órgano que debe impartir justicia de funciones administrativas, y esta mezcla debía terminarse. Las leyes terminaban con ella. Con el Decreto del Ministerio hemos resuelto este aspecto y también el de residenciar fuera de los órganos de justicia militar *las órdenes militares.* Este Decreto está aprobado y va a ser publicado mañana o en plazo breve; Decreto que, en desarrollo del artículo 111 –creo que es– de la Ley de competencia y organización de la justicia militar, *determina qué mandos militares tienen la legítimación especial en el recur-*

so de casación que corresponde a los mandos militares superiores. Se abre esta vía de recurso especial precisamente para que aquellos que tienen que tutelar la disciplina en el ejército, la estructura y los valores que permiten la organización del ejército en función de sus fines, tengan esta capacidad de recurrir en la tutela de ese concepto esencial para el funcionamiento de los ejércitos que es la disciplina.

Si examinamos una a una estas piezas jurídicas aprobadas o pendientes de discusión en las Cámaras que he citado, tendríamos que subrayar los aspectos siguientes. Por lo que se refiere al Código de justicia militar, ya he dicho a SS. SS. que el de 1945 era un vademécum y que *frente a ese Código de 1945 había básicamente dos opciones:* no sólo ha de fragmentar el Código anterior en leyes especiales, sino la de continuar dándole al Código de justicia militar un carácter de texto exhaustivo, en el que se recogieran todos y cada uno de los presupuestos penales, principios, sujetos, tribunales, etcétera, de un hecho delictivo o, por el contrario, atenerse únicamente a lo que de especial y complementario debe de reflejar un código de justicia militar en relación con el Código penal común. Es evidente –SS. SS. conocen el proyecto porque se aprobó en su día, hace ya tres años– que el proyecto se decantó por la segunda opción por varios motivos, y yo creo que correctamente, interpretando el artículo 40 de la Ley de criterios básicos que les he leído, cuando decía que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense bajo los principios de especialidad jurisdiccionalidad; es decir, considerando que debía circunscribirse a las figuras delictivas típicas que debe proteger o a los fines y medios que debe proteger el Código de justicia militar, y remitiéndose en todos los demás aspectos a la justicia ordinaria o al Código penal ordinario.

En este sentido creo que también el *Tribunal Constitucional* nos ha ayudado decisivamente en los tiempos pasados y se ha dado un avance importante en la dirección de definir lo que es el ámbito estrictamente militar, lo que es el ámbito de aplicación de este marco de justicia militar. Se aplica la justicia militar a enjuiciar como delitos militares a aquellas conductas que atenten contra los fines y medios que las Fuerzas Armadas precisan para el cumplimiento de sus misiones, y éste es el ámbito estricto en el que debe aplicarse la justicia militar. Por lo tanto, como SS. SS. saben, el Código penal militar aprobado en pasada legislatura supone un esfuerzo intenso para excluir o erradicar de su contenido a toda conducta ajena al ámbito castrense. Anteriormente podía afirmarse que la *naturaleza militar de un delito* venía definida por la inclusión en el Código de justicia militar de 1945; ahora es todo lo contrario: puede tenerse la certeza de que el Código de justicia militar sólo recoge delitos que entran en la definición que antes he leído a SS. SS., es decir, los que tienen incidencia sobre los fines, la estrucutra, los medios de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de su misión constitucional. Del Código de justicia militar se excluyeron *las faltas disciplinarias* con el fin de diferenciar aquellas conductas que deben ser

sometidas a los tribunales de aquellas otras que deben ser objeto de corrección inmediata.

Señorías, esa distinción entre delito y falta no es una distinción fácil. Se requiere una atención continuada de los órganos de justicia militar, del mando militar, para que vayamos encontrando en la práctica una distinción que realmente cumpla con la voluntad del legislador cuando aprobó las dos leyes diferenciadas. Quisiera decir a SS. SS. que he dedicado a este tema especial atención, discutiéndolo con los Consejos Superiores de los tres Ejércitos, enviando a los Jefes de Estado Mayor instrucciones en el momento en que ha sido necesario. Es criterio de este Ministro que no debe ir a la justicia militar ningún tipo de conducta que pueda ser eficazmente corregida dentro del ámbito de la Ley disciplinaria. Debo decir también que en esta dirección he encontrado una colaboración total de los Jefes de Estado Mayor y que, de manera progresiva, va implantándose el criterio de que el mando debe asumir sus responsabilidades y, por lo tanto, es el responsable de la disciplina y de aplicar las correcciones que sean necesarias, sin querer apoyarse en los mecanismos de justicia para el mantenimiento de esa disciplina. Los órganos de justicia deben ser conscientes de que no deben de entrar en aquellos temas que pudieron haberse corregido disciplinariamente.

Creo que con la organización de la justicia militar, que se inicia esta semana, emprendemos un camino que nos llevará, en un plazo corto, a una diferenciación clara de estas dos vías y que, por tanto, precisamente al suprimir la capacidad jurisdiccional de los mandos, al suprimir los consejos de guerra como designados por esos mandos y pasar a tribunales predeterminados y constituídos básicamente por profesionales del Derecho, avanzaremos definitivamente en este mandato del legislador que fue la separación de los temas disciplinarios y penales.

En relación a este asunto, puedo decirles a SS. SS. que ya en la instrucción de 1986, que he citado, se decía en una Orden ministerial de Defensa que las infracciones disciplinarias recibirán el tratamiento adecuado y no se trasladarán al campo penal más que aquellas acciones u omisiones propias del mismo.

El Código penal militar hoy vigente tiene dos aspectos innovadores. Por ejemplo, la desaparición de los *bandos* como fuente de Derecho, porque entendió el legislador y el ejecutivo que ello era incompatible con el artículo 81 de la Constitución; por ejemplo, la desaparición en el Código penal militar del delito de *rebelión* en tiempo de paz; por ejemplo, la incorporación como figuras delictivas de aquellas conductas que sean contrarias a las *leyes y uso de la guerra,* precisamente para recoger los compromisos del Estado español adquiridos con la ratificación de los convenios de Ginebra y de la Haya. Tiene también otros aspectos innovadores, cuando incluye *delitos contra la hacienda militar,* por coherencia con esa definición de ámbito militar castrense de tutela, de fines y medios necesarios para el cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas.

El Código de Justicia Militar supuso una reducción de la extensión de las *penas privativas de libertad;* permite una aplicación discrecional de las penas a los tribunales para que puedan evaluar los criterios de proporcionalidad respecto a la conducta que juzgan, para que puedan tener en cuenta atenuantes, agravantes y para que puedan tener en cuenta un elemento, que queda muy claro en el Código, que la condición de *militar no profesional* debe considerarse como atenuante en la aplicación de la justicia militar. Es un principio que nos parece importante. No puede, ni debe ser, el mismo nivel de exigencia respecto a los fines y medios necesarios para el cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas en relación al profesional de las Fuerzas Armadas que en relación al ciudadano español que, de forma temporal y obligatoria, presta un servicio militar. De esta forma, desde el 1º de junio de 1986 disponemos de la aplicación del Código de Justicia Militar, que en su ámbito ajusta la definición de los delitos militares a ese mandato constitucional y a este mandato del artículo 40 de la Ley de Criterios Básicos de la Justicia Militar.

La segunda pieza del marco de la justicia militar procedente de esta reforma iniciada en 1980 *es la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario.* La Ley Orgánica del Régimen Disciplinario sigue también criterios propios del *Derecho comparado,* porque, incluso en países que no tienen una jurisdicción militar especializada en relación a la jurisdicción común, incluso en aquellos países en que no existe esta jurisdicción militar especializada, tienen regulado un régimen disciplinario específico para las Fuerzas Armadas en reconocimiento del hecho obvio de la importancia del mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas como garantía de su eficacia.

La Ley Orgánica 12/1985, de régimen disciplinario, que entró en vigor en el mismo momento en que entró en vigor el Código Penal, anteriormente explicado, asume plenamente los principios de legalidad, de culpabilidad, de tipicidad, de proporcionalidad y de individualización de la sanción que son coherentes con nuestro marco constitucional.

En esencia, la Ley Disciplinaria pretende garantizar el cumplimiento de las órdenes impartidas, el respeto al orden jerárquico y la observancia de las Reales Ordenanzas y de las demás normas por las que se rigen las Fuerzas Armadas.

El contenido de la Ley Disciplinaria identifica a quienes tienen potestad disciplinaria, define las conductas infractoras, define las sanciones, define procedimientos, tanto para la imposición de las sanciones, como regulando los recursos en relación a las mismas; como pueden ser los expedientes gubernativos, que, como SS. SS. saben, puede concluir, incluso, con la separación del servicio. Evidentemente, su límite es el Código Penal y, por tanto, define aquellas pautas de conducta que no constituyen delito. Distingue entre faltas leves y faltas graves. El procedimiento sancionador es radicalmente distinto en el caso de faltas leves que en el caso de faltas graves. En el caso de faltas leves, el procedimiento se

concibe como un procedimiento sumario, rápido, oral. En las faltas graves, el procedimiento debe ser escrito. Siempre es necesaria la audiencia del interesado. Se admite la posibilidad de asistencia letrada en el caso de faltas graves. Creemos que es un intento equilibrado, eficaz, de tutelar la disciplina, pero equilibrando esa tutela de la disciplina con los derechos de los sancionados, dando una posibilidad de recurso, en el caso en que consideren que la aplicación del correctivo no está ajustada a Derecho.

Quisiera indicar a SS. SS. que la puesta en marcha de la Ley Disciplinaria, separada del Código Penal con estos mecanismos de garantía para el sancionado, ha puesto *un esfuerzo importante para los mandos militares,* no sólo porque suponía un cambio radical en relación en la legislación o al sistema anterior, sino porque ha habido que adecuar no sólo los métodos de corrección, sino también la infraestructura, por ejemplo, haciendo desaparecer el *calabozo* como lugar en el que se cumplían los arrestos. Los arrestos, en este momento, no puden cumplirse más que en determinados puestos y, evidentemente, es por faltas graves o muy graves, con pérdida de la libertad. Por este motivo ha habido que habilitar también lugares de cumplimiento de sanciones por falta grave, que están separadas de los establecimientos penales, porque no puede cumplirse el arresto por falta grave en recintos que están precisamente para cumplimiento de sentencias y, por tanto, son recintos penitenciarios o penales. Gran parte de las instrucciones contenidas en la Orden Ministerial de 1986 a que he hecho referencia se dedican a pormenorizar la aplicación de todos estos aspectos.

Para terminar esta explicación breve de la Ley disciplinaria, creo conveniente ponerles de relieve que el *control* del ejercicio de la potestad disciplinaria se residencia en la organización de los *Tribunales Militares;* Tribunales Militares definidos en la tercera pieza jurídica de este marco, que es la *Ley de Organización y Competencia de la Justicia Militar.* Entremos, pues, en esa tercera pieza.

El título define las dos finalidades propias de la Ley: definir *competencias* y definir la organización de la justicia. En cuanto a los límites de la jurisdicción, es obvio que ésta queda circunscrita al conocimiento de los delitos que están previstos en el Código Penal Militar y tiene dos ampliaciones, una en relación a las fuerzas militares españolas que pudieran estar destacadas fuera de nuestras fronteras –no es un caso frecuente, ni mucho menos, pero se producen ejercicios combinados, se producen salidas, y, en paralelo a la legislación comparada, pareció oportuno incluir esta posibilidad–; y la otra, que es la previsión de estado de sitio, expresamente contenida en la Constitución.

Eso por lo que hace referencia a los límites. Por lo que hace referencia a configurar los *órganos jurisdiccionales,* se crea por esta Ley la Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo. De esta forma, el Tribunal Supremo aparece ya desde esta Ley como el órgano jurisdiccional superior, salvo en lo

dispuesto en materia de garantías constitucionales. La composición de esta *Sala del Tribunal Surpremo*, que pretende ser una garantía de ponderación tanto por lo que se refiere a los procesos de casación como a los de revisión, será de ocho magistrados, cuatro de ellos proceden de la carrera judicial y otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, puesto que en el momento en que se ha procedido a la propuesta de ternas y a la elección por parte del Consejo del Poder Judicial, ya estaban los cuerpos jurídicos de los tres Ejércitos unificados por Ley.

La designación de esta Sala, como he explicado a SS. SS., es de competencia exclusiva del Consejo General del Poder Judicial. Las actuaciones en el régimen de esta Sala y el estatuo de sus miembros están sujetos exactamente a las mismas normas que las demás Salas del Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere al *Tribunal Militar Central*, que tiene su sede en Madrid y competencia en todo el territorio nacional, estará compuesto por un Presidente, que es el Consejero Togado, cuatro vocales togados jurídicos militares y cuatro vocales militares.

Los Tribunales Militares Territoriales son cinco en toda España. Cuando me refiera a la Ley de Planta y Demarcación, ya diré a SS. SS. cuáles han sido estos Tribunales Militares finalmente decididos por Ley.

La división del peso de la actividad jurisdiccional entre el Tribunal Militar Central y los Tribunales Territoriales se efectuará en relación al empleo que ostente el justiciable. De comandante hasta general de división serán juzgados en el Tribunal Militar Central; de soldado a capitán incluído, en el Tribunal Militar Territorial.

Las instrucciones de procedimientos, con la Ley de Competencia y Organización de la Justicia Militar, se atribuyen a los juzgados togados militares.

Otro aspecto importante de la Ley que fue debatido no sólo en el seno del Ministerio de Defensa, sino también en las Cámaras, es la *Fiscalía Jurídica Militar*. La Fiscalía Jurídica Militar, a partir de estos esquemas legales, se integra en la *Fiscalía del Estado*. El Fiscal Togado depende, por tanto, del Fiscal General del Estado, aunque puede recibir órdenes o instrucciones del Ministerio de Defensa, referidas a las actuaciones que deban adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los juzgados, ante los Tribunales Militares, así como en relación a la defensa del interés público en el ámbito militar. Es el artículo 92 de la Ley de Competencia y Organización que regula la figura del Fiscal Jurídico Militar.

La Ley de Competencias y Organización regula también el ejercicio de la *defensa*, y se estructura totalmente a partir de los criterios constitucionales. Regula y permite, por primera vez en el ámbito militar, la *acusación particular* y la *acción civil*, con una única salvedad: no pueden realizarse cuando entre el perjudicado el culpado exista alguna relación jerárquica militar de subordinación, sea en una dirección sea en otra. Esta limitación está confirmada por los criterios que el Tribunal Constitucional ha tenido hasta ahora en esta materia.

La Ley otorga, en su artículo 111 (al que me he referido al hablar del Decreto de próxima publicación), la legitimación especial en el *cuerpo de casación*, que se confiere a determinados *mandos militares superiores* y cuyo fin es que el mantenimiento de la disciplina tenga un apoyo más en quienes están llamados realmente a mantener la disciplina.

Otro aspecto que me parece de la mayor importancia es el *control disciplinario judicial por el Consejo General del Poder Judicial* y la *inamovilidad* de jueces y tribunales, con lo cual se da un giro total a los consejos de guerra designados por los capitanes generales: la responsabilidad y el sometimiento único del imperio de la ley, que son características que configuran este texto legal, que precisamente ha entrado en vigor el día 1, y que supone, a falta de la ley procesal, la puesta en práctica de casi todos los principios que queríamos desarrollar con la reforma de la justicia militar.

La Ley, en su aspecto de organización, requería *la Ley de Planta y Demarcación de la jurisdicción*. Esta Ley supuso en algunos casos la decisión entre serias alternativas, que hubieran sido posibles en muchos casos. Hemos intentado, en la propuesa que hizo el Gobierno y aprobaron las Cámaras, ser coherentes con criterios de división territorial utilizados hasta el momento, con la coincidencia entre infraestructura de mando y sedes de tribunales, y también con el número de causas tratadas en años anteriores, a fin de equilibrar el volumen y la carga de trabajo de los distintos tribunales.

Siguiendo estos principios, la Ley de Planta ha creado *cinco tribunales* con sede en Madrid, Sevilla, La Coruña, Barcelona y Santa Cruz de Tenerife. Por lo que respecta la península, se ha seguido el criterio de Madrid, más otras sedes que son capitanías generales, en algún caso de más de un ejército, y que están alejadas del centro. Todas ellas radican en la *periferia*, tanto La Coruña, como Barcelona y Sevilla. Se incluye, por las características insulares, otro tribunal en Santa Cruz de Tenerife.

A partir de estos cinco tribunales se crean también *cuatro secciones*, una en Madrid, dado el volumen de trabajo que va a tener este Tribunal. Esta sección de Madrid ya está activada por la propia Ley de Planta. *Las otras tres*, no activadas por el momento, sus sedes serían Valencia, para Levante; Granada, en relación a Andalucía, y Burgos, en relación al norte de España. Tampoco está activada una sección segunda de Madrid y una posible primera en Sevilla y La Coruña. *Los juzgado togados* actuales son 31 y quedan reducidos a 28.

Creemos que con esta estructura territorial se permite plenamente la puesta en práctica de todos los principios de las otras tres leyes anteriores a que he hecho referencia y que configuran la aplicación de la justicia militar.

Quiero hacer referencia brevemente a otra ley aprobada, que es la de *la creación del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa*. La jurisdicción militar se configura constitucionalmente como única para todas las Fuerzas Armadas. Por tanto, no tiene sentido la diferenciación por ejércitos, como ocurría en el Código de 1945. Según este Código, cada ejército, al que correspondía un

Ministerio, tenía su propia administración de la justicia. En la situación actual ello no es posible ni aconsejable ni coherente con el marco jurídico que se dibuja y, por tanto, parece necesario que exista también un solo cuerpo que integre a todos aquellos que se ocuparán de la administración de esta única justicia militar.

El Cuerpo Jurídico Militar único ha sido constituído por la *Ley 6/1980.* Quisiera indicar a SS. SS. que, de hecho, ya existían anteriormente elementos de unificación. Por ejemplo, *una única Asesoría General de la Defensa,* que era desempeñada rotatoriamente por un ministro togado de cualquiera de los tres Ejércitos.

He indicado hace tiempo que la política del Ministerio era la de unificar todo lo unificable y coordinar aquello que no fuera unificable. *Tenemos ya una escuela única,* por ello, la unificación del Cuerpo Jurídico parecía una decisión, si no estrictamente necesaria, sí conveniente antes de esta entrada en vigor de la organización de la justicia militar a partir del primero de mayo.

Es evidente que el Cuerpo Jurídico tendrá dos grandes tipos de misiones: *las de justicia* y las de *asesoramiento de los mandos.* Conviene que precisamente el Cuerpo Jurídico Militar unificado haga frente al reto de preparación, de tecnificación que va a inculcar en lo sucesivo no sólo la función de impartir justicia, sino también la función de asesorar el mando en las nuevas circunstancias.

A partir de esta ley de unificación queda por discutir y aprobar en las Cámaras la última pieza que cierra el proceso, que es la *ley procesal militar.* Con ella intentamos que se cierre el ciclo de reforma iniciado por el Código Penal Militar. La característica esencial que pretendemos que tenga la ley procesal es la de que permita procedimientos penales ágiles y eficaces, y que esa agilidad sea sin detrimento de las garantías constitucionales de presunción de inociencia y de defensa letrada. Esta ley tiene gran similitud con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y es evidente que declara a esta última como norma supletoria del contenido de la ley procesal militar.

La ley procesal militar, está dividida en *cuatro libros. En el primero,* que está dedicado a las disposiciones generales, se consagran los principios de legalidad, tanto material como formal, y la tutela de derechos; se resuelve la forma de afrontar los problemas de conflicto de jurisdicción, normas de gobierno de los tribunales, etcétera.

En el segundo libro se tratan los procedimientos ordinarios militares, es decir, diligencias previas, diligencias preparatorias y causas.

Si el segundo libro se dedicaba a procedimientos ordinarios, el tercero se dedica a procedimientos especiales. En este tercer libro quizá los procedimientos encaminados a esclarecer los delitos de deserción, de quebramiento del deber de residencia tienen singular importancia. Se define un procedimiento oral y sumario en el que el testimonio del justiciable y de los jefes de unidad

pasa a ser relevante. También aquí en este aspecto creemos que se ha avanzado en la dirección del espíritu que configura todo este proceso de reforma.

El cuarto libro se refiere a los procedimientos judiciales militares, no penales. Engloba el contencioso disciplinario militar, que está construído básicamente sobre los criterios de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *El contencioso disciplinario militar* es el mecanismo de tutela de los derechos del profesional de las Fuerzas Armadas, del militar, en cuanto a las correcciones que se le puedan impartir. Es un mecanismo de tutela coherente con la necesidad de tener un cauce propio que cuide también las necesidades de la disciplina militar.

Como aspectos de interés en un código que es realmente voluminioso, que tiene 523 artículos, quisiera señalar telegráficamente los siguientes.

En primer lugar, la afirmación de que *los conflictos de jurisdicción* serán resueltos conforme a la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, que ha sido recientemente promulgada.

En segundo lugar, cuando la nueva ley se apruebe, las actuaciones judiciales quedarán reguladas de forma similar a la definida por la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, todas deberán ser *orales y públicas.*

En tercer lugar, *los plazos* procesales para la interposición de recursos van a ser los que determina también la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y los actos de comunicación con las partes y otros órganos siguen también las pautas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con las singularidades que en cada caso deben hacerse siguendo el conducto reglamentario del mando. Excepto esta singularidad, insisto, los plazos procesales son los mismos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los actos de comunicación con las partes siguen pautas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. *El Defensor será letrado,* con excepción de supuestos de unidades fuera del suelo español o en tiempos de guerra. En estas dos excepciones se admite la figura del *Defensor Militar* y por primera vez la figura del *acusador particular,* que es una importante novedad en el procedimiento, aunque, como he explicado antes, esta posibilidad queda exceptuada cuando haya relación jerárquica de subordinación entre acusador y acusado.

Se regula también un *procedimiento de urgencia para tiempos de guerra.* En esta regulación se ha tenido especial empeño en conjugar la celeridad con las garantías del procesado, y se regula igualmente el procedimiento para *la detención de los miembros de las Fuerzas Armadas,* recogiendo una normativa que estaba dispersa tanto en la Ley de *Reales Ordenanzas,* como en el *Código de Justicia Militar de 1945,* como en un *Real Decreto de 1934,* que hasta que se promulgue la nueva ley procesal está considerado vigente por el Consejo de Estado.

En definitiva, señorías, hemos redactado un proyecto de ley procesal que está pensado para agilizar la justicia militar y para adaptarla a las peculiaridades propias de ella, pero que está basado en las *normas procesales*

comunes y que se remite, como supletoria, a la legislación común en esta materia.

Quiero hacer referencia a la consecuencia indirecta que va a tener la aprobación de la ley procesal. Con la posible derogación total del Código de 1945 y con la aprobación de la nueva ley procesal, *se suprimirán definitivamente los Tribunales de Honor.* Este tema ha sido ya ya debatido, por cuanto que la Constitución afirma, en su *artículo 26,* que se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y en el de las organizaciones profesionales, y se ha defendido que el hecho de no citar explícitamente el ámbito militar suponía la pervivencia de los Tribunales de Honor militares. Sin embargo, señorías, *el tratamiento jurisprudencial que tanto los Tribunales de Justicia como la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han dado a los Tribunales de Honor, los hace prácticamente inviables.* El hecho de que el Tribunal de Honor actúe sobre presunciones, supone una pérdida tal de garantías para el posible procesado que es contraria a la presunción de la inocencia constitucional y a la tutela efectiva que deben ejercer los Jueces y los Tribunales. Si los hechos que puede juzgar un Tribunal de Honor pueden serlo por un Tribunal con todas las garantías procesales, es mucho mejor que remitamos esos hechos, susceptibles de ser vistos por un Tribunal de Honor, a los tribunales ordinarios o de Justicia Militar, que actuarán de acuerdo con estas garantías procesales. Por ese criterio nos hemos inclinado para que el borrador de proyecto de ley procesal, publicado en el Boletín de las Cortes y discutido por las Cámaras, suponga la desaparición de los Tribunales de Honor.

Antes me he referido a que la aplicación de este nuevo marco supondrá *una nueva estructura penitenciaria.* No quiero cansar a SS. SS. tratando este tema, pero es evidente que estamos modernizando y concentrando la estructura de centros penitenciarios. De todos los existentes, *sólo está previsto la continuidad* del de *Alcalá de Henares,* del *naval de Cartagena,* en Alcalá de Guadaira para el sur, el *naval de Caranza en Galicia,* y la *Isleta en las Islas Canarias.*

Esta es nuestra perspectiva de infraestructura penitenciaria. También estamos trabajando en la *modificación del Reglamento de establecimientos penitenciarios,* aunque debo decir a SS. SS. que por Orden Ministerial de 23 de julio de 1987 ya aprobé *una instrucción penitenciaria que resuelve de forma transitoria,* hasta que se apruebe el paquete conjunto de leyes, problemas de tratamiento discriminatorio, por ejemplo, entre clases de tropa y oficiales, etcétera, que no tienen ninguna justificación constitucional, y resolvió una serie de garantías para los reclusos que cumplen sentencias de forma, insisto, transitoria, porque habrá que hacer un reglamento penitenciario aproximándolo en todo lo posible al reglamento común, una vez que se haya ultimado la ley procesal como pieza final de esta reforma legislativa.

Quizá, señorías, me he extendido demasiado en explicar el proceso total, pero quería que quedase claro el punto de partida de un mandato constitucional, el punto de partida de unos criterios básicos establecidos por las

leyes de 1980 y cómo han guiado todo el proceso unos ejes de actuación que se han mantenido continuadamente: Limitación de la justicia al ámbito estricto castrense, integración de la justicia plenamente en la única justicia del Estado, separación de los temas disciplinarios, separación de las capacidades que pueden tener los jueces y creación de un sistema ágil y eficaz que se limite a proteger los fines, medios y estructuras necesarios para que las fuerzas armadas cumplan sus cometidos. De este modo creemos, señorías, que el compromiso de reforma adquirido tanto a partir de la Ley de criterios básicos de 1980 como en 1982, podrá cumplirse plenamente en el año 1988.

Creo que en todo este proceso ha habido una colaboración amplia de las Cámaras con el Ejecutivo para regular un aspecto que es propio de política de Estado. Pienso que una vez que las Cámaras promulguen la Ley Procesal, el Gobierno, el Ministerio de Defensa, por una parte, pero los órganos de justicia militar por la otra, estamos frente a un reto muy importante: *la aplicación estricta, ágil, de todo este nuevo marco que el legislador define* para que sea, precisamente, el marco de actuación de la justicia militar día a día. Estoy seguro de que *el Cuerpo jurídico militar unificado hará frente a este reto incrementando sus capacidades técnicas y desarrollando plenamente tanto las misiones de justicia como las de asesoramiento.* Por los avances que he visto en los dos últimos años estoy convencido de que el *mando asume estas actitudes* y actuará con prontitud en la dirección que todo este marco legislativo señala. Seguiremos a partir de ahora, aún con mayor atención, con los Jefes de Estado Mayor los temas que desde la óptica del mando deban seguirse. Pienso impulsar, en la medida de mis capacidades, incluso legales, al Fiscal del Estado en todo aquello que sea necesario para la tutela de la disciplina militar y la puesta en práctica de los mandatos que todo este paquete legislativo comporta.

Quisiera señalar a SS. SS. dos líneas en las que creo que debe avanzarse en este futuro, en este proceso de clarificación, de puesta en práctica no ya por parte del poder legislativo, ni en muchos casos del ejecutivo, sino por *los órganos de justicia que van a ser los que, creando jurisprudiencia, tienen que avanzar en dos líneas muy necesarias para la clarificación de esta aplicación del marco de justicia militar,* y que las indico a SS. SS. porque son fruto de la experiencia en este trabajo, no sólo de diseño del marco, sino de intento de puesta en práctica, de puesta en vigor real de los mandatos que este marco jurídico implica.

En primer lugar, está la tutela real de los derechos del profesional militar frente a sus mandos cuando ejercen capacidad disciplinaria, pero también *la tutela de las capacidades disciplinarias dentro de los Ejércitos* como única forma de que éstos sean eficaces. Para ello, en este paquete legislativo, se ha creado la figura del *recurso contencioso-administrativo militar;* para ello se crean tribunales militares, que existen, que tienen la misión de entender de aquellos casos en que un profesional de las Fuerzas Armadas sienta que un correctivo no ha sido aplicado justamente.

Es conveniente que dentro de este ámbito que, señorías, termina en el Tribunal Supremo de la nación se mantega la *tutela de las capacidades disciplinarias.* Digo esto porque utilizar esta vía por parte de los ciudadanos no es solamente absolutamente legítimo, sino que es un logro constitucional de la *Ley de protección de los derechos de la persona,* pero en el *caso militar* sería introducir en este mecanismo diseñado un principio de alteración de su mecánica que podría terminar con la misma posibilidad de aplicar la disciplina militar, porque, por ejemplo, la aplicación de esta vía legal de recurso *supone la suspensión del acto recurrido,* y esta circunstancia podría poner en peligro –de hecho pondría en peligro– todos los mecanismos de *disciplina militar,* porque bastaría con aplicar este recurso para que se suspendieran los procedimientos de disciplina que deben de ser rápidos y deben de tener ejemplaridad si queremos que de verdad contribuyan a mantener la eficacia del Ejército.

Será, pues, necesario que en la práctica en el mecanismo de aplicación de la disciplina militar, tanto por lo que se refiere a la Ley disciplinaria, aplicando sus principios y sus pautas, como a la tutela del profesional de las Fuerzas Armadas que se dibuja en la Ley de competencias y organización de la justicia militar o en la procesal, *se cree una jurisprudencia que de verdad también tutele las capacidades disciplinarias de los Ejércitos.*

La otra dirección en la que considero que es importante que se produzca *una jurisprudencia clara, nítida,* es en la afirmación de que la Ley disciplinaria militar, el Código de justicia militar *se aplica plenamente a la Guardia Civil, como Cuerpo militar que es.* La Guardia Civil existe en España, de la misma manera que exiten Cuerpos de Fuerzas de Seguridad del Estado de carácter militar en los países que nos rodean, precisamente porque el legislador y el Ejecutivo han escogido que las Fuerzas de Seguridad sean en parte de carácter civil y sometidas a este tipo de organización y de disciplina civil, y en parte de carácter militar. Es conveniente que lo que el legislador ha expresado a mi modo de ver con rotundidad, como he dicho, tanto en la Ley de criterios básicos de 1980, a la que he hecho referencia, como en muchas otras, es decir, que *la Guardia Civil es un Cuerpo de carácter militar* y, por tanto, *sometido a la Ley de Reales Ordenanzas,* sometido *a disciplina militar* y al *Código de justicia militar,* es conveniente que en la jurisprudencia que vaya creándose a partir de ahora, de esta semana en la que entran en funcionamiento estos órganos judiciales, este hecho quede claramente sancionado. Creo que si la jurisprudencia que se pone en marcha a partir precisamente de esta semana de mayo en la que comparezco ante SS. SS. clarifica estos dos temas que he señalado, se habrá avanzado de forma muy importante en resolver los problemas de aplicación de la justicia militar y también habremos resuelto los dos temas que en este momento quizá están más necesitados de una claridad y de una precisión por parte del Poder Judicial en la aplicación independiente, por su parte evidentemente de las leyes que aprueba el Ejecutivo.

El señor PRESIDENTE: Muchas gracias, señor Ministro. De acuerdo con lo convenido, suspendemos la sesión por tiempo de diez minutos. *(Pausa).*

Señorías, se reanuda la sesión.

Para recuperar el tiempo de este breve retraso, del que les pido disculpas, de acuerdo con los portavoces de los grupos, después de formuladas las preguntas, el Ministro responderá a todas ellas de manera global. El resto de lo programado se mantendrá tal y como he anunciado al comienzo de la sesión.

Por el Grupo Parlamentario Popular, el Senador Torres tiene la palabra.

El señor *TORRES GOMEZ:* Quiero empezar agradeciendo al señor Ministro su presencia en esta Comisión.

Dentro del breve espacio de tiempo que tenemos para poder formular las preguntas, quisiera hacer una serie de ellas, más como información propia que como crítica.

Hubiera deseado que esta comparecencia hubiera abordado, según venimos pidiendo en reiteradas ocasiones, otros temas, como la OTAN y las bases, de los que también necesitamos tener algún conocimiento.

Como el señor Ministro ha hecho alusión a todas las materias que se han debatido en el transcurso de estos últimos años, como la Ley Disciplinaria, *el Código de Justicia Militar,* la Ley de Planta, la Unificación de Cuerpos Jurídicos, la ley procesal con respecto a la cual nos congratulamos de que ya esté en marcha en el Congreso, *puesto que, en materia procesal, todo se circunscribe a la Ley 45 o la Ley Orgánica de Justicia Militar,* se me ocurre una serie de preguntas con respecto a cada una de estas leyes, y voy a formularlas, tal como ha dicho el señor Presidente, para que el señor Ministro las conteste genéricamente.

Con relación a la *Ley Disciplinaria,* como quiera que introduce novedades respecto a la anterior, quiero preguntar al Señor Ministro los efectos que esta ley tendrá en cuanto a la *regulación más permisiva en materia de drogas y alcohol en los cuarteles,* así como sobre *la homosexualidad.*

Respecto del Código de Justicia Militar, al tener éste un concepto distinto y limitar la jurisdicción militar, quisiera saber los efectos que se han considerado en su aplicación, en particular por la *desaparición de los delitos contra el honor,* o por la *entrada e investigación en dependencias militares, por la jurisdicción civil, en delitos cometidos por militares pero sujetos a la jurisdicción civil.*

También desearía saber si hay o habrá dificultades en relación con el *tiempo limitado del servicio militar* y el que hoy necesitan los *procedimientos civiles.*

Sobre la *Ley de Planta y Organización Territorial* de la Jurisdicción Militar, ¿por qué se divide, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León,

Avila y Segovia, mientras que el proyecto se reformó para unir Lérida al resto de Cataluña?

Segunda pregunta: ¿Cómo se va a *garantizar la independencia* de los miembros de los tribunales militares, si están sometidos jerárquica, orgánica y funcionalmente a Defensa y pueden no ejercer siempre esa función jurisdiccional, sino, como bien ha dicho el señor Ministro, la de asesoramiento, con todo el condicionamiento que ello comporta?

También quisiera saber qué criterios van a determinar que de los tribunales que la ley crea, uno se constituya y otro sólo si el servicio lo necesita. Se parte del hecho de que la distribución de la ley está hecha, según su justificación, por la consideración del despliegue de las Fuerzas y el número de procedimientos civiles, para que a cada tribunal le corresponda aproximadamente el mismo.

La penúltima preguna es *¿por qué no se crea Sección en Zaragoza,* plaza a la que se asignan dos Juzgados, mientras que el tribunal territorial se sitúa en Barcelona con un solo Juzgado?

Por último, ¿cómo se van a resolver los problemas de *destino de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar,* al desaparecer y crearse destinos y plazas nuevas y distintas?

El señor PRESIDENTE: Señoría, por favor ¿podría repetir la última pregunta?

El señor TORRES GOMEZ: Sí, señor Presidente. ¿Cómo se van a resolver los problemas de destino de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, al desparecer y crearse destino y plazas nuevas y distinas?

El señor PRESIDENTE: Muchas gracias, Senador Torres. Por el *Grupo del CDS* tiene la palabra el Senador Chueca.

El señor *CHUECA AGUINAGA:* En primer lugar, he de agradecer también –cómo no– en nombre de mi Grupo, la presencia del señor Ministro, que nos ha dado una amplia explicación y una visión general de cuál es o cuál pretende ser la reforma de la justicia militar. Ha descendido, es cierto, a cuestiones de detalle en aquellos puntos en los que creía que era necesario y en los aspectos que consideraba más problemáticos. Por tanto, repito que agradecemos la presencia del Señor Ministro ante la Comisión así como su explicación, pero sobre lo que sí nos preguntamos es sobre su oportunidad, porque si bien es cierto que estas leyes o este marco jurídico fundamentalmente está recién implantado y, en consecuencia, esto es algo ya pasado, también es cierto que su ejecución, la pequeña historia que pueda confirmar o no el acierto de esta reforma es todavía prematura, hoy, y, por tanto, tampoco se podrían precisar demasiadas cosas sobre esta cuestión. Por consiguiente, quizá llega demasiado pronto para ver los frutos que esta reforma ha podido dar.

Una vez manifestado esto, quisiera decir, para fijar la posición de mi Grupo, que, obviamente, *compartimos muchas de las cuestiones* que el señor Ministro ha expuesto. Compartimos que haya *desparecido* una serie *de arcaísmos,* por emplear este término, como los que existían dentro de la justicia militar; el señor Ministro ha citado cómo las *injurias a las Fuerzas Armadas* por parte de los civiles estaban incluídas dentro del ámbito de esta jurisdicción; ha señalado cómo la *seguridad del Estado* venía apuntada a través de esta jurisdicción cuando éste no es el mejor de los caminos y cómo existían, igualmente, sistemas arcaicos, entiendo, como podían ser *los tribunales de honor,* que *han venido a desaparecer con esta forma.* Por tanto, compartimos prácticamente en su globalidad estas reformas.

Asímismo, vemos la *conveniencia de deslindar la justicia militar* de lo que es pura y estrictamente *la disciplina.* Estamos plenamente de acuerdo en eso. Lo que todavía no podemos valorar es el éxito de este deslinde que, como el señor Ministro nos decía, siempre es un tema espinoso y difícil y hoy es todavía prematuro ver si ha logrado llevar a la práctica satisfactoriamente el deseo de los legisladores cuando aprueben estas leyes. Pensamos que la configuración formal que se ha dado a esta justicia militar, desdoblando las leyes en una serie de leyes más específicas, también es acertada y correcta en principio, puesto que ya he dicho que todavía es prematuro valorar, tras una experiencia, cuáles son los resultados ya concretos.

Y pasando a las preguntas se me ocurre formular dos muy concretas. En primer lugar ¿para cuándo tiene previsto el Ministerio que estén perfectamente *en funcionamiento los nuevos tribunales militares* que la ley de planta y demarcación prevé? La segunda pregunta está relacionada con la *dificultad* que –yo entiendo y creo que el señor Ministro la comparte– *existe en cuanto al deslinde entre el delito y la falta:* por una parte, el señor Ministro nos decía que la jurisprudencia iría, obviamente, matizando, pero nos apuntaba la posibilidad de un asesoramiento por parte de los letrados militares. ¿Cómo se va a llevar a cabo esto? ¿Qué hay previsto para que este asesoramiento sea lo más rápido y efectivo posible?

El señor PRESIDENTE: Don Ignacio Gaminde tiene la palabra, en nombre del *Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos.*

El señor GAMINDE ALIX: Quiero, ante todo, felicitar al señor Ministro por la metódica y exhaustiva exposición que ha hecho. Realmente, poco campo de preguntas ha dejado para los presentes. Creo que debemos congratularnos todos, tanto la sociedad civil como la militar, de este conjunto de leyes que han modificado la antigua estructura de la justicia militar. *La desaparición del Código Penal de 1945 me parece un total y completo éxito.* Aquello era una Ley que contenía una *terrorífica serie de delitos* y una *más terrorífica serie de penas* para los mismos; señor Ministro, de *orden público,* de *defensa del Estado,* etcétera. Me parece que ha sido un avance absoluto

y total. El hecho de haber establecido las garantías actuales de legalidad en el proceso militar me sigue pareciendo, también, otro paso magnífico. Además, que hayan desaparecido definitivamente los criterios orientativos de la célebre *Ley de Jurisdicciones de 1906,* por la que la justicia militar se convertía en juez y parte de delitos cometidos por civiles frente a instalaciones o elementos militares, me parece otro acierto total.

Junto a estas afirmaciones tengo que decir, como el Senador Chueca, que todo esto me parece muy bien, pero todavía no sabemos qué es lo que va a pasar. Tengo la seguridad de que, a pesar de toda la buena voluntad manifestada por los elementos y estamentos militares que han intervenido en la confección de estas leyes, *tiene que haber, sin duda, resistencias* nacidas de muchísimos años de seguir una pauta de ideas y de conductas que, me temo mucho, van a provocar determinados momentos de tensión en más de un lugar.

Por todo ello –y termino–, no voy a hacer ninguna pregunta concreta, por el tiempo de que disponemos y porque, además, vuelvo a repetir, con la exposición del señor Ministro e, incluso, con las preguntas que acaban de hacer los señores Senadores que me han precedido en el uso de la palabra, queda totalmente cubierta mi curiosidad.

El señor PRESIDENTE: Por el *Grupo Parlamentario Socialista,* tiene la palabra el señor Martínez Guijarro.

El señor *MARTINEZ GUIJARRO:* Señor Ministro, quisiera utilizar este turno con la mayor brevedad para manifestar nuestro agradecimiento y expresar nuestra felicitación al titular de Defensa. *Agradecimiento,* porque si siempre es de agradecer la presencia de un Ministro en la Comisión, más cuando es a petición propia, como es el caso, y, sobre todo , cuando el tema que le trae aquí hoy es tan oportuno, en contra de lo que decía algún miembro de algún otro grupo, e importante como es la reforma legislativa de la jurisdicción militar, *Oportuno* porque, con independencia de que en esos días entran en vigor algunas de las normativas anunciadas ya por el señor Ministro, es, asimismo, previo a la culminación de este proceso de reforma; y es importante porque esta información que hoy se nos da aquí permite a los Senadores miembros de la Comisión tener un conocimiento mucho más exhaustivo y global de dicha reforma.

Hay que señalar no sólo la complejidad de la reforma, sino también que se produce entre dos legislaturas, entre la segunda y la tercera, y, aparte, su tramitación se ha llevado en algunos casos a través de la Comisión de Defensa y, en otros, a través de la Comisión de Justicia. De ahí que, posiblemente, en algunas de las intervenciones de representantes de Coalición Popular, por ejemplo, se reproduzcan debates o, al menos, dudas, que ya fueron planteadas sobre este particular, pero en la Comisión de Justicia, por los miembros del Grupo de Coalición Popular. Por tanto, repito, es importante,

porque a veces uno tenía la sensación de que en la propia Cámara, o en la propia Comisión, no se tenía una visión de conjunto de esta reforma, y por qué no decirlo también, porque, a veces, en los medios de comunicación no se ha resaltado la importancia que tiene la misma.

Señor Ministro, le manifestamos nuestra *felicitación* porque con la Ley procesal se culmina la reforma de justicia militar que, por sus innovaciones, supone un paso muy importante en la modernización de las Fuerzas Armadas. Se está produciendo esta reforma, que va a permitir una justicia militar más ágil y moderna, acorde con los principios de la Constitución y alejada, por tanto, de una normativa anticuada, centenaria en sus raíces –como ha dicho el señor Ministro–, pero yo creo que resaltando algo importante y es que *ello no haya supuesto abandonar en ningún caso los valores tradicionales de la institución militar.*

He de destacar el principio de unidad jurisdiccional, regulando la especialidad de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense, de acuerdo al artículo 117.5, que ya nos había mencionado el señor Ministro. Y porque, como decía el Senador Gaminde, posiblemente sería repetirse, porque son muchas las valoraciones que había que hacer al respecto, por hacer alguna pregunta, quiero decir al señor Ministro *si esta reforma,* que restringe el ámbito de aplicación de la justicia militar al delito militar –conducta que atenta a los fines y medios de las Fuerzas Armadas– *es similar a la organización y sistemas de los países europeos;* si este tipo de adaptaciones a los modernos principios de salvaguarda de los derechos fundamentales es una *exigencia propia de la Alianza Atlántica o no.* Y yo, para terminar, señor Ministro, sólo quisiera, una vez más, felicitarle y desear que esta nueva herramienta sea de gran utilidad para las Fuerzas Armadas y, en definitva, para la sociedad española en su conjunto.

Nada más.

El señor PRESIDENTE: Tiene la palabra el señor Ministro de Defensa.

El señor MINISTRO DE DEFENSA (Serra Serra): Señorías, espero haber tomado nota de todas las preguntas que se me han formulado. En cualquier caso, si he olvidado hacerlo en algún caso, la contestaría después.

El señor Torres Gómez ha aludido al tratamiento de la *adición o consumo de drogas* y de la *homosexualidad* en *la ley disciplinaria,* según he tomado nota. Por lo que se refiere a la *homosexualidad* "per se" no es un delito. En el código disciplinario hay un tratamiento específico del tema y existe la posibilidad de *expedientes gubernativos,* etcétera, para tratarlo debidamente. Por tanto, *la exclusión de esta figura del Código penal parece razonable* y, hasta el momento, he de decir a S. S. que *el código disciplinario se ha mostrado totalmente suficiente si había que actuar en relación a este hecho.*

El *consumo de drogas o estado de embriaguez en acto de servicio* está tratado en el *artículo 148 del Código penal.* Dice que el militar que en acto

de servicio de armas o trasmisiones, voluntaria o culposamente, se embriagare o drogare, resultando excluída o disminuída su capacidad para prestarlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. Cuando se trate de un militar que, en acto de servicio, ejerciere mando, se impondrá la pena superior en grado. *En la ley disciplinaria, tanto en el artículo 8º, faltas leves, como en el 9º*, se contempla el *embriagarse o el consumo de drogas*. Se indica en el Código, como *falta grave*, cuando sea *durante el servicio* o con *habitualidad*. Como *falta leve*, el simple hecho del *consumo* cuando no constituya causa grave; por tanto, hay que entender que no es ni en acto o tiempo de servicio o cuando no es habitual.

También he de decir a S. S. que, por la experiencia que llevamos, este tema creo que está suficientemente tratado en los códigos.

La lucha contra la adicción a la droga tiene campos mucho más complejos que los puramente judiciales. Estamos trabajando intensamente en *temas de prevención*, de conocimiento *previo a la entrada en el servicio militar* de drogas o estupefacientes; estamos tratando el tema en el servicio militar y nuestras encuestas nos dan más bien un descenso de consumo en relación al porcentaje de consumo antes de empezar el servicio militar, y no lo contrario.

Creo que por lo que se refiere a la pregunta del Senador los dos temas están suficientemente contemplados en los dos textos legales como para que esté tutelado este principio de disciplina y de funcionamiento en las Fuerzas Armadas, he de constatar afirmativamente.

En cuanto a la *entrada de la jurisdicción civil en recintos militares*, el Senador Torres Gómez ha preguntado si ha provocado problemas hasta el momento. Que hayan llegado a mi conocimiento, señor Senador, no; ni uno. Precisamente, creo que está produciendo *una actitud exquisita del mando, con el asesoramiento oportuno de los asesores jurídicos de que disponen.*

Hay numerosos ejemplos en los que, habiéndose realizado el delito dentro de un recinto militar y siendo a veces incluso discutible cuál sería la aplicación del código, *el mando militar consulta con el juez ordinario*. Podría citarle numerosos casos. Por ejemplo, las situaciones relacionadas con accidentes, o cosas o por el estilo.

Me pregunta por qué la ley de planta agrupa *Lérida* con *Barcelona, Tarragona y Gerona* y separa Avila y Segovia. Hemos seguido –insisto– criterios de proporcionalidad en la previsión de trabajo de cada centro. En Lérida está el mando de la División de Montaña, que tiene unidades en Gerona, y parecía muy conveniente que se juntase Lérida con Gerona. En este momento, también tiene tropas en la provincia de Barcelona y, por tanto, pensando en el Ejército de Tierra es por lo que se han unificado estos conceptos. En el caso de *Avila y Segovia* S. S. se refería, supongo, a que hayan sido añadidas a Madrid en vez de a otra región. Se ha hecho también por criterios muy objetivos de facilidad de comunicaciones y de conexión en este momento.

En cualquier caso, quisiera indicar a S. S. que es un tema debatido en el Parlamento, en el Congreso y aquí, y que se hubiera podido discutir y modificar si la propuesta del Gobierno no se hubiera considerado correcta.

Admito que muchas decisiones, en último término, son discutibles. Nos sucedió también cuando la división del territorio nacional en capitanías. Hubo grandes discusiones sobre ciertas Comunidades Autónomas que querían estar plenamente integradas en una Capitanía General e identificarse única y exclusivamente con su ámbito. Siempre que se ha querido plasmar sobre el territorio una determinada organización nos ha pasado alguno parecido. Insisto en que los criterios que se han utilizado excepto el político –ya utilizado previamente–, son muy objetivos porque, dada la concentración de medios en Madrid, tanto por las capitanías generales, en su día, como en este momento por los tribunales, se tendía hacia ciudades situadas en la perifieria de nuestro país y no cercanas a Madrid. Excepto este criterio (que ya fue utilizado, y tuve ocasión de explicarlo en el Parlamento para aclarar que *la Capitanía General de la Región noroeste fuese La Coruña y no Valladolid;* que fuera *Barcelona en vez de Zaragoza la de la Región noroeste;* o para que fuera *Sevilla, en vez de Granada la de la Región sur)* los demás son muy objetivos y pensando en cargas de trabajo.

La independencia de los miembros de los tribunales militares no ha sido puesta en duda pero sobre ella ha preguntado el Senador cómo garantizaríamos *la independencia de órganos de justicia militar, siendo que a veces se incluyen en el ámbito de la justicia* o del *asesoramiento del mando,* por decirlo de alguna forma.

En primer lugar, la independencia judicial está garantizada por la Constitución. La Justicia Militar está incardinada en la unidad judicial española y, por tanto, tiene el Tribunal Supremo y el Consejo del Poder Judicial como órganos que deben estar activamente vigilando –y lo están– esta independencia y el funcionamiento adecuado de la justicia Militar. El juez es predeterminado; ya no es designado para cada causa por el Capitán General. Existe un Juez ordinario de instrucción.

En el *artículo 6º* de la Ley de Competencia y Organización de los Tribunales se dice que todos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la jurisdicción militar. *El artículo 8º* dice: En el ejercicio de sus funciones los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley. Ya hice referencia a ello en mi explicación.

Creo que la independencia judicial es un tema que trasciende a la Justicia Militar, y viene garantizado por un conjunto de disposiciones, de funcionamientos y de mecánicas de independencia de los poderes que están firmemente establecidos en la Constitución y que funcionan íntegramente en la práctica.

Puede ser muy conveniente que en las primeras etapas de la puesta en marcha del nuevo proceso haya una vigilancia atenta en la dirección

que señala el Senado. Estoy seguro que también Militar tendrán esa actitud. Estoy seguro que también mantendrán el Tribunal Supremo y el Consejo del Poder Judicial; por descontado, *el Gobierno colaborará plenamente en esa tutela de la independencia de los tribunales militares.*

¿Cuáles son los criterios por los que no se han activado determinados tribunales o secciones? *La prudencia política de echar a andar,* de ver cómo funcionan las cosas y no tener que acudir a una nueva Ley sino poner en prácticas las secciones según el número de causas o de problemas que sobrevengan, que, sin activarse, están ya incluídas en la Ley de Planta, son los que lo han motivado.

En cuanto a la sección de Zaragoza con dos jugados mientras que, Barcelona sólo tiene uno, he contestado ya con el tema que se me ha planteado antes; aunque he de admitir que exactamente igual podría funcionar la jurisdicción militar con un tribunal en Zaragoza o en Valencia en vez de en Cartagena. Es admisible. Nos ha parecido –y también a las Cámaras– que la propuesa de la Ley de Planta era la mejor de las posibles, pero nunca en este aspecto voy a ser dogmático, señorías y si en el futuro resultara que nos hemos equivocado, modificar estos aspectos no parece de particular importancia –acudiendo al Congreso y al Senado–, aunque creo firmemente que las cosas se han hecho bien y que la práctica demostrará que la decisión tomada en la Ley de Planta es correcta.

Pregunta el Senador Torres cómo se van a resolver los *problemas de destino en relación a todo este movimiento que se produce esta semana,* precisamente, con la aplicación de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Justicia Militar.

Es una cuestión que hemos tratado con mucho cuidado para garantizar el funcionamiento de ese nuevo marco y también para reducir al mínimo, si se produce algún caso, las consecuencias negativas que podría tener en relación a determinados profesionales de la justicia Militar. Puedo decirle *que de los 150 nuevos destinos que han provocado la creación de esos nuevos tribunales sólo dos van a suponer cambio forzoso de domicilio para profesionales del Cuerpo Jurídico Militar.*

La Subsecretaría ha creado *una Comisión,* que está integrada por *cinco consejeros togados:* los asesores de los cuarteles generales de Tierra, Mar y Aire, si no me equivoco, más el Fiscal togado y el asesor general de la Defensa. *Esta Comisión ha sido oída constantemente por el Subsecretario* en la resolución de los problemas que podía comportar la aplicación de destinos. Por tanto, creo que puede decir que se ha realizado un enorme esfuerzo para que la adaptación a la nueva situación –absolutamente necesaria– se hiciera con el mínimo coste personal.

En este momento, cuando se publique *el Real Decreto* sobre qué *mandos militares* pueden tener el *recurso especial de casación,* también se resuelve el problema de asesoría para ellos y, por tanto, a partir de esta semana quedará clarificada también, en el campo del asesoramiento del mando, *la estruc-*

tura de destinos del Cuerpo unificado de Justicia Militar. Creo que he dado respuesta a las cuestiones que me ha planteado el señor Torres Gómez.

El señor *Chueca* ha hecho alusión a que quizá es prematuro en este momento juzgar los resultados de la aplicación de todo este nuevo marco. Yo estoy de acuerdo con él, pero me pareció que era un buen momento para discutir el tema en el Senado, precisamente por la puesta en práctica de la nueva estructura de justicia militar esta semana y porque dentro de poco el Senado va a discutir la última pieza de la reforma. Siempre he dicho que, aunque las leyes deben hacerse con el máximo cuidado y poniendo los cinco sentidos en su redacción, previendo todas sus posibilidades y su aplicación fácil, lo difícil empieza una vez que la ley ha sido sancionada y promulgada, para adaptar la realidad cotidiana a lo que el legislador nos señala; siempre lo he dicho. A partir de ahora, gran parte de la responsabilidad de la correcta aplicación de estas leyes no reside en el Ejecutivo; reside ya en el Poder Judicial, en un Poder Judicial independiente. Por parte del Ejecutivo, colaboraremos seriamente en todo lo que sea necesario para permitir el mejor funcionamiento posible. *Pienso cooperar* a través del instrumento que se le reserva al Gobierno, que *es instar al Fiscal.* Evidentemente, *el Fiscal se convierte en una pieza clave del proceso,* un puente, un nexo entre el mando y los órganos independientes de justicia. Es evidente que *todos tenemos el reto,* el desafío de estar a la altura de la nueva situación: *el Ministro de Defensa* y los *mandos militares,* en un lado; los *órganos de justicia,* por otro; la Subsecretaría en sus responsabilidades en relación al Cuerpo unificado; *el Fiscal togado* en su nueva misión; *el Asesor General* y los *asesores también.* Abrimos esta semana un período nuevo que yo creo realmente trascendente. Habrá que estar a la altura de lo que la sociedad, a través de las decisiones de las Cámaras, exige de todos nosotros en relación a este tema.

En cuanto al *deslinde entre lo penal y los disciplinario,* aquí sí que ya hay experiencia desde 1986, y ha habido una actitud vigilante del Ministro que le habla y una actitud de seriedad y de asunción por parte de los mandos. También aquí, cuando ha sido necesario, hemos instado al Fiscal porque, aunque es evidente que el Ministro no puede hacer sugerencias a los tribunales, sí puede hacerlas a los fiscales cuando cree que algo era puramente disciplinario y que no hay que implicar a la Justicia en temas que puede resolver el mando, además de una forma más rápida, más ejemplar y, normalmente, de una forma totalmente ajustada a las necesidades del hecho en sí.

Ha preguntado el señor Chueca *cuándo tendremos los nuevos tribunales.* Por lo que se refiere a la *Sala Quinta* del Tribunal Supremo creo que he indicado que el jueves toma posesión la Sala –ya está nombrada–, *el Tribunal Central hoy se constituye* –el primer día hábil en Madrid después del 1º de mayo–; quizá mañana o en dos días el *Tribunal Militar Central* convocará

a los Presidentes de los tribunales militares territoriales y, luego, éstos darán *posesión a los jueces togados.* Esa es la cadena de constitución de esos tribunales, que debería estar resuelta esta semana o la que viene. Por tanto, no prevemos un período largo de aplicación, ni mucho menos. Hemos estudiado muy seriamente *las implicaciones de infraestructura y de medios* para que ello pudiera ser realidad rápidamente. Por ejemplo, las *listas de Generales de Brigada o Contraalmirantes* para la formación de salas en el Tribunal Central están ya publicadas –hace tiempo que se han publicado– todos los nombramientos están publicados y todos los tribunales tienen sede física resuelta. En cuanto a medios, el problema también está resuelto y en cuanto a archivos también. Por tanto, no hay ninguna dificultad de carácter de medios, de infraestructura, de carácter físico insalvable para que los tribunales puedan funcionar en seguida.

El señor Chueca se ha referido a la *labor de asesoramiento.* Quiero decir que se *plantea un reto al Cuerpo Jurídico unificado no sólo en la dirección de impartir justicia sino también en la labor de asesoramiento.* Vivimos en una sociedad compleja en la que, no sólo para temas disciplinarios, el mando militar necesita un asesoramiento cada vez más tecnificado y más conocedor de la situación en aspectos contractuales, por ejemplo, y de todo orden. Por tanto, *también en la dirección de asesoramiento creo que se presenta el reto de que el Cuerpo unificado sea un conjunto de profesionales preparados, no única y exclusivamente especializados en el Derecho militar sino en todos los aspectos, sobre todo Derecho administrativo,* que son necesarios para unas Fuerzas Armadas y un Ministerio de Defensa, que como asesor del Ministro es también miembro del Cuerpo unificado, estén capacitados de forma creciente en todos aquellos aspectos que tanto el Ministerio de Defensa como las Fuerzas Armadas requieren por sus relaciones cotidianas con la sociedad.

El señor Gaminde se ha preguntado también por lo que va a pasar. Creo que en mis respuestas anteriores he explicado cuál es mi posición al respecto. Alguna vez, algún mando me ha dicho: es que ahora todo es mucho más difícil –no lo oculto–, una falta grave es un procedimiento escrito, y puede pedir abogado... Claro que sí; pero precisamente esta dificultad es inseparable de una mayor eficacia de la aplicación de los criterios de constitucionalidad, de unas mayores garantías del procesado e, insisto, de un funcionamiento homologable de nuestras Fuerzas Armadas con las de los países que nos rodean.

El señor Martínez Guijarro precisamente se ha referido a este tema: en qué medida este nuevo esquema es similar al de los *países europeos*, y si era exigencia o no de la *Alianza Atlántica.* El panorama europeo, por lo que se refiere a la Justicia Militar, *es muy diverso. Francia* presenta una situación muy diferente de la nuestra, donde no existe esta especifidad de la justicia militar. *Italia* se parecería más al caso español. *Alemania* es, como siempre, un tema totalmente específico, porque las características no sólo de la justi-

cia militar de la estructura de las Fuerzas Armadas y del Ministerio de Defensa alemán; surgen del período posterior a la segunda guerra mundial y de los condicionantes establecidos por los aliados en relación al rearme alemán, por ejemplo. *Inglaterra* tiene una situación totalmente coherente con la forma en que la justicia y las leyes se establecen en aquel país. Quizá, países como *Bélgica* estarían en una dirección más parecida a la nuestra. En cualquier caso, no hemos pretendido copiar ningún modelo europeo, ni mucho menos. Los principios de trabajo estaban claramente dibujados en la *Constitución y* en la *Ley de Criterios básicos, de 1980.* Hemos elaborado un marco, que se culminará con la Ley procesal, muy específico de nuestra situación, que contiene muchos elementos comunes, sobre todo, en cuanto a garantías con los demás países, pero que no puede decirse que sea copiado o similar a ningún país europeo en concreto.

En relación a *si la Alianza Atlántica supone alguna exigencia en esta dirección, he de decir que no.* Lo cierto es que la pertenencia de España a la Alianza Atlántica ha supuesto la firma del SOFA. Se denomina SOFA a uno de los acuerdos que integran el paquete que ha firmado España y que constituyen los acuerdos que da contenido a la Alianza Atlántica. El SOFA es el acuerdo que responde a las iniciales de Estatuto de Fuerzas de la Alianza, en inglés. Es evidente que nuestro marco actual permitirá una mayor conformidad dentro del seguimiento de las condiciones que el SOFA incluye, porque está preparado por países que cuando los elaboraron y firmaron ya eran países democráticos y, por tanto, tenían unos esquemas de funcionamiento muy distintos entre ellos, pero con esta base. Esta es la única conexión que yo veo en relación al nuevo marco que hemos realizado y la Alianza Atlántica. Evidentemente, la reforma de la justicia militar la hemos hecho pensando en la justicia militar misma y en nuestras necesidades, no pensando, ni mucho menos, en exigencia alguna propia de la Alianza Atlántica.

Con esto, señor Presidente, creo que he contestado a todas las preguntas formuladas.

El señor PRESIDENTE: Muchas gracias, señor Ministro.

¿Algún señor Senador quiere hacer uso de la palabra en estos momentos? (Pausa). ¿Portavoeces? (Pausa). Gracias.

Muchas gracias, señor Ministro, así como a sus colaboradores.

Gracias señorías.

Se levanta la sesión.

COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

Estados que, del 1.3.1988 al 30.6.1988, se adhirieron a los Convenios y/o a los Protocolos*

República Popular Democrática de Corea: Adhesión al Protocolo I, el 9 de marzo de 1988.
Qatar: Adhesión al Protocolo I, el 5 de abril de 1988, con una declaración.
Liberia: Adhesión a los dos Protocolos, el 30 de junio de 1988.

OBSERVACIONES

Un Estado puede expresar su consentimiento y obligarse como parte en un tratado de tres maneras:

- firma y posterior ratificación.
- adhesión.
- declaración de sucesión.

Se convierte entonces en *Estado Parte.*

Firma y ratificación: mediante la *firma,* un Estado se compromete a examinar un tratado; en general, los tratados permanecen abiertos a la firma durante cierto tiempo después de haber sido aprobados (en una Conferencia Diplomática, por ejemplo).

Ratificación: por este procedimiento, un Estado acepta las obligaciones que dimanan de un tratado firmado anteriormente por él.

Adhesión: un Estado que no es signatario en un tratado puede adherirse al mismo. El efecto jurídico de la adhesión es el mismo que el de la firma y posterior ratificación.

Declaración de sucesión: un nuevo Estado independiente puede declarar que seguirá estando obligado por un tratado que le era aplicable antes de ser independiente.

Declaraciones o reservas: esta indicación señala que al acto oficial de ratificación o de adhesión acompañan declaraciones o reservas; las declaraciones a las que se refiere el artículo 90 del Protocolo I se mencionan aparte (véase nota 3 al dorso).

Declaración de conformidad con el artículo 90 del Protocolo adicional I: con esta declaración, un Estado reconoce la competencia de la Comisión

(*) Un Estado puede llegar a ser Parte en los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 solamente si ya es o pasa simultáneamente a ser Parte en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Internacional de Encuesta que le confiere este artículo. Esta declaración puede hacerse simultánea o ulteriormente a la ratificación o a la adhesión. Estas declaraciones figuran al dorso (véase nota 90).

TOTALES

ESTADOS

Número total de Estados	171
Miembros de las Naciones Unidas	159

CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949

Estados signatarios	61
(ratificaron todos ulteriormente)	
Estados Partes	165
de los cuales mediante ratificación	61
mediante adhesión	64
mediante declaración de sucesión	40

PROTOCOLOS ADICIONALES DEL 8 DE JUNIO DE 1977

PROTOCOLO I

Estados signatarios	62
Estados Partes	76
de los cuales mediante ratificación	27
mediante adhesión	49
Declaraciones de conformidad con el artículo 90	11

PROTOCOLO II

Estados signatarios	58
Estados Partes	67
de los cuales mediante ratificación	25
mediante adhesión	42

Estados que, en 30.6.1988, no son Partes en los Convenios de Ginebra de 1949

Bután	**(ONU)**	**Kiribati***	**–**	**Total: 6**
Birmania**	**(ONU)**	**Maldivas**	**(ONU)**	**de los cuales, Estados**
Brunei*	**(ONU)**	**Naurú**	**–**	**miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) 4**
				Estados no miembros . 2

(*) Estado en que los Convenios de Ginebra de 1949 son aplicables en virtud de una declaración de aplicación provisional de los tratados.
(**) Estado Parte en los Convenios de 1929 (heridos y enfermos, prisioneros de guerra).

DOCUMENTACION LABORAL

Juan Carlos FERNANDEZ MARTIN
Capitán Auditor

La Ley 20/1988, de 14 de julio, por la que se modifican determinados artículos del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto 1568/1980, de 13 de junio(*)

Comentario

La modificación operada en la vigente Ley de Procedimiento Laboral, por la Ley 20/1988, de 14 de julio, (publicada en B.O.E. nº 169 de 15 julio de 1988), trata principalmente, como señala su propia introducción de "otorgar competencia al orden jurisdiccional social en las reclamaciones dirigidas contra el Fondo de Garantía Salarial, en adelante (F.G.S.), que vienen siendo sustanciadas actualmente a la Jurisdicción contenciosa-administrativa".

Realmente, la ley modificadora de la de Procedimiento Laboral, trata de adecuar la legalidad vigente en materia procedimental, a la nueva doctrina creada por el Tribunal Supremo, y en concreto, por su Sala Especial de Conflictos de Competencias, que dicta Auto con fecha 16 de octubre de 1986, declarando a la Magistratura de Trabajo, competente para conocer las acciones deducidas por los trabajadores contra el F.G.S., en reclamación de cantidades, en concepto de indemnización de una empresa, basando su resolución en lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el citado Auto (que se reproduce al final), y más concretamente en sus antecedentes, se relata que un grupo de trabajadores despedidos –mediante un expediente de regulación de empleo –habian reclamado a la empresa las indemnizaciones correspondientes, y que ésta se habia negado al pago, alegando una situación de insolvencia. Ante esta negativa, los trabajadores acudieron al F.G.S., como responsable subsidiario, en virtud del art. 33,2. del Estatuto de los trabajadores. El F.G.S., desestimó la petición, por lo que, una vez agotada la vía administrativa, los trabajadores siguieron su reclamación por el cauce contencioso-administrativo.

(*) El texto de la Ley, se reproduce al final.

La Audiencia Territorial que recibió el asunto, se declaró, no obstante, incompetente, y remitió a las partes a la Jurisdicción Laboral. Magistratura de Trabajo, por su parte, aconsejó a los actores, acudir de nuevo a la Audiencia Territorial, o plantear un conflicto de competencia ante el Tribunal Supremo, que fue, en realidad, la alternativa elegida por los trabajadores.

Dicho conflicto de competencia, fue resuelto por al Tribunal Supremo en Auto de 16 de octubre de 1986, en el que se declara la competencia del orden jurisdiccional social, siguiendo la posición adoptada por la Audiencia Territorial afectada.

El argumento jurídico utilizado por el Tribunal Supremo, y el que, en definitiva, acoge la ley objeto de este comentario, consiste, esencialmente, en que la materia, objeto de discusión, discurre dentro de la rama social del derecho, y ello conduce, por aplicación del art. 9,5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a "determinar la jurisdicción social como la competente".

Conviene, precisar, por tanto, que el problema de fondo no viene dado, por la procedencia o no de las indemnizaciones que establece la ley para los casos de extinción del contrato de trabajo, puesto que tal cuestión ya se habia decidido previamente en la correspondiente Magistratura de Trabajo. El tema central era, más bien, si el F.G.S., debía responder o no del pago de las mismas, una vez que la empresa habia alegado una situación de insolvencia.

Y, en consecuencia, la atribución de competencia a la jurisdicción laboral, a tenor de lo expuesto, se configura por el razonamiento que efectúa el Tribunal Supremo, consistente en que estamos ante una norma –el art. 33 del Estatuto de los trabajadores– que, por razón de la materia, pertenece a la rama social del Derecho.

Esta argumentación basada en la resolución judicial del Tribunal Supremo y que recoge la Ley 20/1988, de 14 de julio, puede, no obstante, tener una finalidad última, que viene dada por la necesidad de trasladar a los tribunales laborales todas aquellas reclamaciones que los trabajadores dirijan contra el Estado o contra sus entidades y organismos, con fundamento en normas de carácter laboral o social, de forma que, se unificaría el tratamiento jurisdiccional de todas estas reclamaciones y se eludirían los problemas que, en algunos supuestos, pudiese crear la doble vía jurisdiccional.

TS Sala Especial de Conflictos de Competencia, A 16 oct. 1986.

Madrid, a 16 de octubre de 1986.

En el conflicto de competencia negativo suscitado entre MT núm. 1 de Castellón, procedimiento núm. 508/86 y la Sala 1ª de lo Contencioso-Administrativo de la AT Valencia, rec. contencioso-administrativo núm. 279/86, seguido a instancia del Letrado D. José Antonio Ruiz Salvador, en representación de don Francisco y otros, contra el FGS, en reclamación de cantidad, concurriendo los siguientes:

Hechos

Primero: La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AT Valencia, en 22 abr. 1986 dictó auto por el que no admitió a trámite rec. contencioso interpuesto por los interesados contra el FGS, declaró su incompetencia y remitió a las partes a la Jurisdicción Social, contra dicho auto los interesados no interponen recurso alguno y acuden ante la MT de Castellón, presentando la correspondiente demanda.

Segundo: La citada Magistratura, sin más trámites, dicta auto en 7 mayo 1986 declarándose, a su vez, incompetente y advirtiendo a los interesados, que bien acudan ante la Sala de lo Contencioso de Valencia, que ya se había negado a conocer del caso, o bien promuevan conflicto de competencia a tenor el art. 43 LOPJ.

Tercero: Mediante escrito de 13 mayo 1986, los interesados, dándose por notificados del citado auto y manifestando que el mismo es firme, interponen contra él recurso por defecto de jurisdicción, pidiendo a MT tenga por interpuesto el citado recurso.

Cuarto: La representación del FGS estima que es la Sala de lo Contencioso de Valencia la competente para conocer del caso y pide se remita lo actuado a esta Sala de Conflictos, lo que en auto de 21 jun. así se acuerda por la MT, esta misma conclusión es la que sostienen los interesados, que argumentan en favor de la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valencia.

Razonamientos Jurídicos

Primero: La Sala se considera suficientemente informada, con la documentación aportada, a los efectos de reclamar el expediente conforme ordena el art. 50 L 6/1985 y estima no ser necesaria su reclamación.

Segundo: Se plantea en definitiva determinar el orden jurisdiccional que resulte competente para entender de una reclamación de determinadas cantidades derivadas de indemnizaciones fijadas en una Sentencia de una Magistratura Provincial de Trabajo por extinción de contratos laborales; los interesados reclaman al FGS, Organismo Autónomo, que al desestimar en vía de alzada las reclamaciones de cantidad, indica que contra dicha resolución cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala Territorial que corresponda; con esta conclusión coincide el auto de MT, para la que es evidente la naturaleza administrativa del acto impugnado, en tanto que la Sala de lo Contencioso, a la que primeramente se acudió, aplicando con acierto el art. 9,5 L 6/1985, que atribuye a los Juzgados del orden constitucional social las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, concluye que es de la competencia de la MT el conocer el caso; acertada conclusión que será necesario imponer en esta conclusión; pues no en vano se dilucida la procedencia o no de determinadas indemnizaciones

por insolvencia de una empresa, de la que los interesados habían sido obreros, lo que pone en marcha el mecanismo de una específica responsabilidad del Estado que impone el art. 33 ET; no puede negarse pues que la materia discurre dentro de la rama social del derecho, que conduce, en la clara redacción del citado art. 9, a determinar la jurisdicción social como la competente; ciertamente, la Resolución dimana de un órgano incardinado en la Administración del Estado, mas ello no es suficiente para imponer como jurisdicción competente a la contenciosa, pues sabido es que la mera presencia de una administración no es suficiente para imponer tal conclusión, porque en aplicación del art. 1 LJCA es preciso que el acto que del Organo administrativo dimane lo sea en aplicación del Derecho Administrativo, por estar sujeto a dicho ordenamiento, como ratifica el párr. 4º 9 L 6/1985, razones por las que declaramos competente a MT núm. 1 de Castellón para conocer del caso, a la que se devolverá lo actuado para que continúe el procedimiento con arreglo a derecho, sin que hallemos motivos a los que anudar un concreto pronunciamiento en cuanto a costas.

La Sala **Acuerda:** Declarar a la MT núm. 1 de Castellón la competente para conocer de la demanda presentada por don Francisco y otros contra el FGS, en reclamación de cantidades por extinción de contratos laborales, con certificación de este Auto devuélvase el expediente remitido a MT de procedencia para que lo acabe conforme a derecho; sin costas.

Lo acordaron y firman.–**Señor Hernández Gil.–Sr. del Reigo Fernández.–Sr. Rosas Hidalgo.**

LEY 20/1988, de 14 de julio, por la que se modifican determinados artículos del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto 1568/1980, de 13 de junio.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

La presente Ley trata, *principalmente, de otorgar competencia* al orden *jurisdiccional social* en las *reclamaciones dirigidas contra* el *Fondo de Garantía Salarial,* que vienen siendo sustanciadas actualmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En los casos en que los trabajadores han sido despedidos de forma improcedente por su empresa o han tenido que cesar en virtud de expediente de regulación de empleo (por crisis económica o tecnológica), la mayor parte de las veces se ven abocados a plantear ante el Fondo de Garantía Salarial la efectividad del cobro de las indemnizaciones derivadas del cese y a veces incluso el cobro de los salarios que ha dejado pendientes de pago la empresa. Es, en definitiva, el problema económico-social de los trabajadores que han perdido su ocupación y que la empresa en la cual prestaban sus servicios se halla en situación legal de insolvencia económica.

Precisamente, a este problema y a otros inconvenientes semejantes ha venido a poner remedio adecuado la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que, concretamente su artículo 9.5, establece que los Tribunales y Juzgados del orden jurisdiccional social conocerán de las reclamaciones que se promuevan contra el Estado, cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral; como ocurre en el presente caso, pues el art. 33 del E.T. atribuye la responsabilidad del pago de las indemnizaciones y salarios, que no puedan ser abonados por las Empresas insolventes o sujetas a procedimientos concursales, al Fondo de Garantía Salarial, Organismo Autónomo del Estado.

Pero, y ahí nace la dificultad que se intenta solventar, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria trigésimo cuarta, deja la solución establecida en el artículo 9.5 en situación expectante, hasta tanto no se apruebe la Ley de Planta. Recientemente, el Tribunal Supremo, y en concreto su Sala Especial de Conflictos de Competencias, ha salido al paso de la situación lamentable en su caso que se había planteado de competencia negativa en que los trabajadores habían sido rechazados por la Magistratura de Trabajo y por el Tribunal Contencioso-Administrativo, y así, en Auto de 16 de octubre de 1986 la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo declara

a la Magistratura de Trabajo competente para conocer las acciones deducidas por los trabajadores contra el Fondo de Garantía Salarial en reclamación de cantidades en concepto de indemnización de una empresa, basando su resolución en lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Después de dicho Auto, es muy probable la clarificación de conceptos, pero no es nada seguro que trascienda al ámbito de la praxis judicial por dos razones muy evidentes: Primera, porque el citado Auto del Tribunal Supremo, por su naturaleza procesal, no crea doctrina suficiente, vinculante para los Tribunales; y , en segundo lugar, porque al no existir la Ley de Planta, las Magistraturas de Trabajo pueden entender que sigue en situación expectante la competencia que el artículo 9.5 de la Ley del Poder Judicial atribuye a los Juzgados del orden jurisdiccional social, y tienen que atenerse a la letra de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Procedimiento Laboral. De ahí la urgente necesidad de modificar este artículo, en su apartado 2, con la nueva redacción que se propone.

Similares razones aconsejan, en concordancia con lo expuesto, la modificación de otros artículos de la propia Ley, todos ellos en relación con el Fondo de Garantía Salarial, al objeto de conseguir una mayor seguridad jurídica para sus interesados.

En atención a cuanto se ha expuesto, se formula la siguiente Ley en los términos del texto que a continuación sigue.

Artículo único

Se modifican lo siguientes artículos del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980, que quedarán redactados como a continuación se indica:

Artículo 1, apartado 2.

a) Las reclamaciones contra el Estado, cuando éste pueda ser responsable de salarios de tramitación en proceso por despidos o extinción de contratos por causas objetivas, declarados improcedentes.

b) Las que se deriven por las responsabilidades previstas en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores contra el Fondo de Garantía Salarial.

Artículo 49, párrafo segundo.

En las demandas dirigidas contra el Fondo de Garantía Salarial en base al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, no será necesaria la reclamación previa en vía administrativa ante dicho Fondo.

Artículo 86 bis.

En los procedimientos seguidos contra el Fondo de Garantía Salarial al amparo del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, las afirmaciones de hecho contenidas en el expediente y en las que se haya basado la resolución del mismo se considerarán ciertas salvo prueba en contrario.

Artículo 98.

Se suprimen el apartado c) y el último párrafo de este artículo.

Artículo 204.

1. Si no se encontrasen bienes del ejecutado en los que hacer traba de embargo o éstos fueran insuficientes, se practicarán las necesarias averiguaciones en la Alcadía, Registro de la Propiedad o Delegación de Hacienda, previa declaración de tres testigos solventes y citación al Fondo de Garantía Salarial si no hubiera comparecido con anterioridad, sin cuyo requisito no asumirá ésta las obligaciones señaladas en el Estatuto de los Trabajadores, pudiendo el Fondo en el plazo máximo de quince días instar la práctica de las diligencias que a su derecho convengan.

El Magistrado, en el plazo máximo de treinta días, contados a partir de la práctica de las diligencias instadas por el Fondo de Garantía Salarial, dictará Auto declarando, cuando proceda, la insolvencia total o parcial del ejecutado, fijando en este caso el valor pericial dado a los bienes embargados. La insolvencia siempre se entenderá a todos los efectos como provisional hasta que se conozcan bienes al ejecutado o se realicen los bienes embargados.

2. Cuando los bienes señalados por el ejecutante para hacer traba y embargo se encuentren afectos al proceso productivo de la empresa deudora y ésta continúe su actividad, el Fondo de Garantía Salarial podrá solicitar la suspensión del procedimiento ejecutivo, por el plazo de treinta días, a fin de valorar la imposibilidad de satisfacción de los créditos laborales, así como los efectos de la enajenación en subasta judicial de los bienes embargados sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora. Constatada por el Fondo de Garantía Salarial la imposibilidad de satisfacer los créditos laborales por determinar ello la extinción de las relaciones laborales subsistentes, lo pondrá de manifiesto motivadamente ante la Magistratura de Trabajo solicitando la declaración de insolvencia a los solos efectos de reconocimiento de prestaciones de garantía salarial.

DISPOSICION TRANSITORIA

Los procedimientos actualmente en trámite ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, salvo aquellos que estuviesen señalados para deliberación y fallo, serán resueltos por el Organo de la Jurisdicción Laboral que resulte competente, al que se remitirán de oficio las actuaciones en el estado en que se encuentren.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 14 de julio de 1988.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social. (B.O.E. nº 9 de 15 de abril de 1988).

Comentario

La Ley 8/1988, de 7 de abril, por la que se regulan las infracciones y sanciones en el orden social (que se reproduce al final de este comentario), merece, por su importancia, una especial consideración, por tratarse de una Ley, que, como su propia Exposición de Motivos señala "delimita y profundiza en los principios que deben informar el derecho administrativo sancionatorio", y llena un vacío importante, existente en la materia, relativa a las sanciones en el orden laboral.

Conviene, en primer lugar, precisar cuales han sido sus precedentes más inmediatos, para luego, extraer una conclusión, lo más CERTERA posible, sobre el nuevo texto Legal.

El art. 57 del Estatuto de los trabajadores –ahora derogado por la presente Ley–, no tipificaba cada una de las infracciones, sino que se limitaba a efectuar una declaración general sobre el concepto de infracción Laboral –"las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo"–, lo que suponia una remisión necesaria a cada una de las normas laborales en las que se establecen las obligaciones del empresario, de forma que, el citado precepto requería ser completado por la norma expresa en la que se establecía la obligación.

Ante la necesidad, de desarrollar reglamentariamente este art. 57 del Estatuto, se aprueba el Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre, el cual, reproduce la definición de "infracción laboral" de este precepto, si bien añadiendo a las "disposiciones legales", las "reglamentarias" y los "convenios colectivos". Este Real Decreto fue declarado nulo de pleno derecho, por sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de fecha 10 de noviembre de 1986.

En los fundamentos de derecho de esta resolución judicial, se afirma que "la atribución a la Administración de la potestad para sancionar, mantenida por el art. 25 de la Constitución, ha de realizarse a través de ley formal", e igualmente "la tipificación de conductas sancionables ha de realizarse, igualmente, a través de igual mecanismo legal, sin que sean suficientes, amplias y vagas remisiones abstractas mediante descripciones carentes de toda precisión".

Continúa diciendo la referida sentencia del Tribunal Supremo, que, "parece claro, que principio de legalidad no ha sido respetado, tanto por esa adición que INNOVA el Real Decreto –añadiendo las disposiciones reglamentarias y los convenios colectivos a las disposiciones legales, mencionadas por el art. 57 del Estatuto–, como por la amplitud y vaguedad de lo que pretende ser una tipificación de hechos calificables como infracciones, al utilizarse una fórmula OMNICOMPRENSIVA, que no deja fuera del campo sancionador, acción u omisión alguna contraria a la ley, reglamento o convenio colectivo".

Parece claro, por tanto, que la declaración de nulidad de pleno derecho del Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre, se constituye por la violación del principio de legalidad y en conexión con éste, del principio de tipicidad, consagrados ambos en el art. 25 de la Constitución.

Precisamente, por ello, la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, ha venido a llenar una laguna, producida por la anulación del texto reglamentario, lo cual, supone, ya, un evidente respeto al principio de legalidad, y la remisión a normas reglamentarias en su articulado, bien, mediante fórmulas de carácter general, o bien mediante referencias concretas, no conlleva una atribución genérica a la Administración de una facultad de definición de NUEVAS infracciones o de fijación de NUEVAS sanciones, lo cual sí violaría el principio de legalidad. En definitiva, lo que procura la Ley 8/1988, consiste en no separar la regulación reglamentaria de una necesaria base legal.

Por lo que respecta, finalmente, al principio de tipicidad, amparado en la sentencia del Tribunal Supremo y en el propio art. 25 de la Constitución, parece claro, que es respetado por la Ley 8/1988, de 7 de abril, al exigir una previa determinación de cuales son las acciones u omisiones que pueden ser sancionadas, si bien, es preciso recordar, que a veces, es muy difícil, alcanzar un absoluto grado de determinación, por la propia evolución de la situación económica y social, en cada momento, que obligaría a recoger –normativamente– un catálogo de infracciones y sanciones exhaustivo. No obstante, este Ley, logra un grado de concreción y determinación bastante lógico y razonable en la tipificación de conductas.

I. DISPOSICIONES GENERALES

Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

EXPOSICION DE MOTIVOS

La doctrina del Tribunal Constitucional ha venido delimitando y profundizando en los principios que deben informar el derecho administrativo sancionatorio y que, simultáneamente, representan las garantías de los ciudadanos en un Estado social y democrático de Derecho. Entre esos principios, en el plano disciplinario administrativo al igual que en el penal, están los de legalidad y tipicidad que derivan del artículo 25 de la Constitución.

En el Derecho agrupado bajo la rúbrica genérica de lo Social la normativa sancionatoria venía dispersa en numerosas disposiciones, la mayoría reglamentarias, aprobadas por Decreto o simple Orden ministerial cuya vigencia se mantiene en principio por considerarse válidas con arreglo al sistema de producción de normas del ordenamiento jurídico preconstitucional. Por el contrario, el Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre, que desarrollaba el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores, fue declarado nulo por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de noviembre de 1986, por estimarlo contrario a los principios constitucionales de legalidad y tipicidad, como norma post-constitucional que incumplía el artículo 25.1 de la Constitución.

Se plantea, pues, la necesidad de promulgar una norma con rango de Ley que desarrolle las infracciones y sanciones administrativas en el orden laboral, estableciendo en ella los tipos y sanciones que el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores enuncia a título general.

Y a esa necesidad se unen razones de oportunidad y conveniencia, como son las de agrupar e integrar en un texto único, en una ley general, las diferentes conductas reprochables contrarias al orden social –expresión y delimitación que se toma en paralelo con la establecida en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial–, producidas en el área del empleo, con inclusión obviamente de las transgresiones relativas a los instrumentos jurídicos y medidas económicas para su fomento, y prestaciones de desempleo, así como en las áreas o capítulos de seguridad social, migración y emigración, y trabajo de extranjeros.

Ciertamente, con ello se consigue un avance innegable de homogeneización en la normativa social y, concretamente, en el tratamiento unitario de su parte sancionadora, sin que pueda pretenderse una uniformidad total que, además, tampoco parece posible por la singularidad de las materias agrupadas.

De otra parte, en materia laboral se resuelve directamente el largo debate de la tutela por la Administración de los convenios colectivos, al incluirlos expresamente, o sus cláusulas normativas –en expresión derivada del artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores, y consagrada en la doctrina del Tribunal Constitucional y en la Jurisprudencia de los Tribunales del Orden Social–, y, de acuerdo con los convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por España.

En materia de sanciones, si bien se mantiene el límite máximo actual de 15.000.000 de pesetas, se prevé la posibilidad de una actualización por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en atención a la evolución del IPC; al propio tiempo se redistribuyen las competencias para la imposición de sanciones, incrementando los niveles decisorios atribuidos a las primeras instancias de la Administración Laboral del Estado, y, en su caso, de las correspondientes a las Comunidades Autónomas que tengan competencias transferidas en materia de ejecución de la legislación laboral.

Finalmente, de acuerdo con lo establecido en los convenios 81 y 129 de la OIT, ratificados respectivamente por el Estado Español por Instrumentos de 14 de enero de 1960 y de 11 de marzo de 1971, se recogen las funciones de advertencia y recomendación de la Inspección de Trabajo, con el fin de potenciar las actuaciones preventivas, de asistencia y asesoramiento, de la Administración Social.

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 1. Infracciones en el orden social.

1. Constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley.

2. Las infracciones no podrán ser objeto de sanción sin previa instrucción del oportuno expediente, de conformidad al procedimiento administrativo especial en esta materia, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir.

3. Las infracciones se califican en leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado, de conformidad a lo establecido en la presente Ley.

Artículo 2. Sujetos responsables de la infracción.

Son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas o las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción de la presente Ley y, en particular, las siguientes:

1. El empresario en la relación laboral.
2. Los empresarios, trabajadores por cuenta propia o ajena o asimilados, beneficiarios y peticionarios de las prestaciones de Seguridad Social, así como las Mutuas Patronales, en el ámbito de la relación jurídica de Seguridad Social.
3. Los empresarios, trabajadores por cuenta propia o ajena, solicitantes y perceptores de prestaciones y, en general, las personas físicas o jurídicas, respecto de la normativa de colocación y fomento del empleo y formación profesional ocupacional, así como de protección por desempleo.
4. Los transportistas, agentes, consignatarios, representantes, trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan en operaciones de emigración y movimientos migratorios.
5. Los empresarios y trabajadores por cuenta propia respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros.
6. Las Cooperativas con respecto a sus socios trabajadores y socios de trabajo, conforme a la Ley de Cooperativas.

Artículo 3. Concurrencia con el orden jurisdiccional penal.

1. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas del delito, la Administración pasará el tanto de culpa al organo judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento.
2. De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.
3. En todo caso deberán cumplirse de modo inmediato las medidas administrativas adoptadas para salvaguardar la seguridad e higiene de riesgo inminente.

Artículo 4. Prescripción de las infracciones.

Las infracciones en el orden social a que se refiere la presente Ley, prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción, salvo en materia de Seguridad Social y de protección por desempleo en que el plazo de prescripción es de cinco años.

CAPITULO II
Infracciones laborales

Artículo 5. Concepto.

Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y claúsulas normativas de los convenios colectivos en materia laboral, de seguridad e higiene y salud laborales, tipificadas y sancionadas de conformidad a la presente Ley.

SECCION 1.ª INFRACCIONES EN MATERIA LABORAL

Artículo 6. Infracciones leves.

Son infracciones leves:

1. La falta del Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el centro de trabajo.
2. No exponer en lugar visible del centro de trabajo el calendario laboral vigente.
3. No entregar al trabajador puntualmente el recibo de salarios o utilizar sin previa autorización recibos de salarios distintos al modelo oficial.
4. No poner a disposición de los trabajadores a domicilio el documento de control de la actividad laboral que realicen.
5. Cualesquiera otras que afecten a obligaciones meramente formales o documentales.

Artículo 7. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

1. No formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador.
2. No consignar en el recibo de salarios las cantidades realmente abonadas al trabajador.
3. La transgresión de las normas y los límites legales o paccionados en materia de jornada, horas extraordinarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, tiempo de trabajo a que se refiere la sección 5.ª capítulo II, título I del Estatuto de los Trabajadores y artículo 22 de la misma Ley:
4. La modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario según lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.
5. La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades o supuestos distintos de los previstos legal o reglamentariamente o superando los límites temporales fijados.
6. La transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta

de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos.

7. La transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores y de las secciones sindicales en materia de crédito de horas retribuidas y locales adecuados para el desarrollo de sus actividades, así como de tablones de anuncios, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos.

8. La vulneración de los derechos de las secciones sindicales en orden a la recaudación de cuotas, distribución y recepción de información sindical, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos.

9. Establecer condiciones de trabajo inferiores a las reconocidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente.

Artículo 8. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

1. El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido.

2. La cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente.

3. El cierre de empresa o el cese de actividades, temporal o definitivo, sin la autorización de la Autoridad Laboral, cuando fuere preceptiva.

4. La transgresión de las normas sobre trabajo de menores del artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores.

5. Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de reunión de los trabajadores, de sus representantes y de las secciones sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos.

6. La vulneración del derecho de asistencia y acceso a los centros de trabajo, en los términos establecidos por el artículo 9.1 c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de quienes ostenten cargos colectivos a nivel provincial, autonómico o estatal, en las organizaciones sindicales más representantivas.

7. La transgresión de los deberes materiales de colaboración que impongan al empresario las normas reguladoras de los procesos electores a representantes de los trabajadores.

8. La transgresión de las cláusulas normativas sobre materia sindical establecidas en los convenios colectivos.

9. La negativa del empresario a la reapertura del centro de trabajo en el plazo establecido, cuando fuera requerida por la Autoridad Laboral competente en los casos de cierre patronal.

10. Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros

no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento.

11. Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

12. Las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

SECCION 2.ª INFRACCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD E HIGIENE Y SALUD LABORALES

Artículo 9. Infracciones leves.

Son infracciones leves.

1. La falta de limpieza de la que no se derive riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores.

2. No dar cuenta, en tiempo y forma, a la Autoridad Laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y la enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de leves.

3. No comunicar a la Autoridad Laboral competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que debe aclarar o cumplimentar, siempre que el centro de trabajo no emplee más de veinticinco trabajadores y no se trate de industria peligrosa, insalubre o nóciva, por sus elementos, procesos o sustancias que se manipulen.

4. Las que supongan incumplimiento de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales, siempre que aquél carezca de trascendencia grave para la integridad física o salud de los trabajadores.

Artículo 10. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

1. No realizar los preceptivos reconocimientos médicos, iniciales y periódicos, a los trabajadores.

2. No comunicar a la Autoridad Laboral competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que debe declarar o cumplimentar, siempre que el centro ocupe más de veinticinco trabajadores o se trate de industria peligro-

sa, insalubre o nociva, por sus elementos, procesos o sustancias que se manipulen.

3. Falta de constitución o irregularidades graves en el funcionamiento de los Servicios Médicos de Empresa conforme a la legislación vigente.

4. No dar cuenta, en tiempo y forma, a la Autoridad Laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de graves, muy graves o mortales.

5. Dar ocupación a trabajadores en máquinas o actividades peligrosas cuando sufran dolencias o defectos físicos declarados o se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

6. No tener constituidos los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad e higiene, o transgredir los derechos de estos órganos y, en general, de los representantes de los trabajadores en materia de seguridad e higiene.

7. El incumplimiento de la obligación de elaborar el Plan de Seguridad e Higiene en el Trabajo en los proyectos de edificación y obras públicas.

8. Las que supongan incumplimiento de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales, siempre que aquél cree un riesgo grave, referidas a formación en materia de seguridad e higiene e información sobre riesgos y medidas preventivas.

9. Las que supongan incumplimiento de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales siempre que aquél cree un riesgo grave para la integridad física o salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de:

– Comunicación, cuando proceda legalmente, a la Autoridad Laboral de sustancias, agentes o procesos utilizados en las empresas.

– Diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipo.

– Prohibiciones o limitaciones respecto de operaciones, procesos y uso de agentes en los lugares de trabajo.

– Limitaciones respecto del número de trabajadores que pueden quedar expuestos a determinados agentes.

– Límites de exposición a los agentes nocivos.

– Utilización de modalidades determinadas de muestreo, medición y evaluación de resultados.

– Medidas de protección colectiva o individual.

– Señalización de seguridad y etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, en cuanto éstas se manipulen o empleen en el proceso productivo.

– Servicios y medidas de higiene personal.

– Vigilancia de la salud de los trabajadores, y

– Registro de los niveles de exposición, listas de trabajadores expuestos y expedientes médicos.

Artículo 11. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

1. La inobservancia de la normativa vigente relativa a la protección de los períodos de embarazo y lactancia.

2. La inobservancia de la normativa vigente relativa a trabajos prohibidos a los menores.

3. No paralizar o suspender, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de forma inmediata, los trabajos o tareas que se realicen sin observar las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo aplicables y que, a juicio de la Inspección, implique probabilidad seria y grave de accidente para los trabajadores.

4. Las que supongan incumplimiento de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales siempre que aquél cree un riesgo grave e inminente para la integridad física o salud de los trabajadores afectados.

CAPITULO III
Infracciones en materia de Seguridad Social

Artículo 12. Concepto.

Son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables, a que se refiere el artículo 2.2, contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el Sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley.

SECCION 1.ª INFRACCIONES DE LOS EMPRESARIOS O ASIMILADOS

Artículo 13. Infracciones leves.

Son infracciones leves:

1. No conservar, durante cinco años, la documentación que acredite el cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas o variaciones que, en su caso, se produjeran en relación con dichas materias, así como los documentos de cotización y los recibos justificativos del pago de salarios y del pago delegado de prestaciones.

2. No exponer, en lugar destacado del centro de trabajo, dentro del mes siguiente a aquél al que corresponda el ingreso de las cuotas, el ejemplar del documento de cotización o copia autorizada del mismo o, en su caso, no entregar la documentación aludida a los Delegados de personal o Comités de Empresa.

3. No comunicar, en tiempo y forma, las bajas de los trabajadores que cesen en el servicio a la empresa, así como las demás variaciones que les afecten.

4. No facilitar a las Entidades correspondientes los datos que estén obligados a proporcionar u omitirlos o consignarlos inexactamente.

5. No comunicar a la entidad correspondiente el cambio del documento de asociación para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Artículo 14. Infracciones graves.

1. Son infracciones graves:

1.1 Iniciar su actividad sin haber solicitado su inscripción en la Seguridad Social; no comunicar la apertura y cese de actividad de los centros de trabajo a efectos de su identificación, y las variaciones de datos u otras obligaciones establecidas reglamentariamente en materia de inscripción de empresas e identificación de centros de trabajo.

1.2 No solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial, así como no comunicar en iguales términos el alta de cada trabajador que ingresa a su servicio.

1.3 No disponer en el centro de trabajo o no llevar en orden y al día el Libro de Matrícula de Personal o, en su caso, el sistema de documentación cuya utilización hubiera sido autorizada para sustituir dicho Libro.

1.4 No presentar, dentro del plazo reglamentario y para su sellado, los documentos de cotización cuando no se ingresen en tiempo las cuotas de la Seguridad Social, ni se haya solicitado aplazamiento de pago.

1.5 No ingresar, en la forma y plazo procedente, las cuotas correspondientes, que por todos los conceptos recauda el Sistema de la Seguridad Social, o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una situación extraordinaria de la empresa y no haya efectuado la presentación prevista en el número anterior.

1.6 Incumplir las obligaciones derivadas de su colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social.

1.7 Formalizar la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a su servicio en entidad distinta de la que legalmente corresponda.

2. A los efectos de la presente Ley se asimilan a las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social las producidas respecto de otras cotizaciones que recaude el Sistema de Seguridad Social.

Artículo 15. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

1. Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social.

2. Retener indebidamente, no ingresándola dentro del plazo, la parte de cuota de Seguridad Social descontada a sus trabajadores, o efectuar descuentos, no ingresándolos, superiores a los legalmente establecidos.

3. Incurrir en connivencia con sus trabajadores o con los demás beneficiarios para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que

procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos correspondan.

4. Pactar con sus trabajadores de forma individual o colectiva la obligación por parte de ellos de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuotas a cargo del empresario, o bien su renuncia a los derechos que les confiere el Sistema de la Seguridad Social.

5. Incrementar indebidamente la cotización del trabajador a los efectos de conseguir mejoras en las prestaciones.

6. Efectuar declaraciones o consignar datos faltos o inexactos en los documentos de cotización que ocasionen deducciones fraudulentas en las cuotas a satisfacer a la Seguridad Social.

SECCION 2.ª INFRACCIONES DE LOS TRABAJADORES O ASIMILADOS, BENEFICIARIOS Y PETICIONARIOS

Artículo 16. Infracciones leves.

Es infracción leve el no facilitar a la Entidad correspondiente o a la empresa, cuando le sean requridos, los datos necesarios para su afiliación o su alta en la Seguridad Social y, en su caso, las alteraciones que en ellos se produjeran y, en general, el incumplimiento de los deberes de carácter informativo.

Artículo 17. Infracciones graves.

Es infracción grave efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, siempre que exista la incompatibilidad, legal o reglamentariamente establecida.

Artículo 18. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves las actuaciones dirigidas a obtener, fraudulentamente, prestaciones o pensiones indebidas o superiores a las que en cada caso les correspondan, o a prolongar el disfrute de éstas indebidamente, mediante la aportación de datos o documentos falsos en las solicitudes o la omisión de declaraciones reglamentariamente obligatorias u otros incumplimientos que ocasionen percepciones fraudulentas con cargo a la Seguridad Social.

SECCION 3.ª INFRACCIONES DE LAS MUTUAS PATRONALES DE ACCIDENTES DE TRABAJO

Artículo 19. Infracciones leves.

Son infracciones leves:

1. No cumplir las obligaciones formales relativas a diligencia, remisión y conservación de libros, documentos, boletines de cotización y relación nominal de trabajadores, así como de los boletines estadísticos.

2. Incumplir las obligaciones formales establecidas sobre inscripción, registro y conservación de documentos y certificados, en materia de reconocimientos médicos obligatorios.

3. No remitir al organismo competente, dentro del plazo y debidamente cumplimentados, los partes de accidentes de trabajo cuando éstos tengan carácter leve.

4. No informar a los empresarios asociados, trabajadores y órganos de representación del personal, y a las personas que acrediten un interés personal y directo, acerca de los datos a ellos referentes que obren en la Entidad.

Artículo 20. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

1. No llevar al día y en la forma establecida los libros obligatorios, así como los libros oficiales de contabilidad o sistema contable autorizado, de conformidad con el Plan General de Contabilidad y normas presupuestarias de la Seguridad Social.

2. Aceptar la asociación de empresas no incluidas en el ámbito territorial o funcional de la Entidad sin estar autorizadas, o bien que no protejan a la totalidad de sus trabajadores con la Entidad; no aceptar toda proposición de asociación que formulen los empresarios comprendidos en su ámbito de actuación, y concertar convenios de asociación de duración superior a un año.

3. No observar las normas relativas a la denominación y su utilización, y a la constitución y funcionamiento de sus órganos de gobierno.

4. No remitir al organismo competente, dentro del plazo y debidamente cumplimentados, los partes de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, cuando tengan carácter grave, muy grave o produzcan la muerte del trabajador.

5. No cumplir la normativa establecida respecto de constitución y cuantía en materia de fianza, gastos de administración, reservas obligatorias, así como la falta de remisión dentro de plazo al organismo competente del balance anual, memoria y cuenta de resultados, y presupuestos de ingresos y gastos debidamente aprobados y confeccionados.

6. No facilitar al organismo competente y, en todo caso, a los Servicios Comunes y Entidades Gestoras, cuantos datos soliciten en materia de colaboración, ni coordinar la actuación de la Entidad con dichos organismos en materia de colaboración, ni coordinar la actuación de la Entidad con dichos organismos en materia de gestión de servicios sociales u otras materias en las que colaboren las Mutuas Patronales, así como la negativa a expedir a los empresarios asociados los certificados del cese de la asociación.

7. Dar publicidad o difundir públicamente informaciones y datos referidos a su actuación, sin la previa autorización del órgano superior de vigilancia y tutela.

8. No solicitar en tiempo y forma establecidos las autorizaciones precep-

tivas en materia de inversiones, contratación con terceros, revalorización de activos y actualización de balances, y cualesquiera otras en materia económico-financiera en que así lo exijan las disposiciones en vigor.

Artículo 21. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

1. No tener como único objeto el de colaborar en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; llevar a cabo operaciones distintas de aquéllas a las que debe reducir su actividad; aceptar la asociación de empresas que deben cubrir las contingencias obligatoriamente con la Entidad Gestora, e insertar en los convenios de asociación de empresas que deben cubrir las contingencias obligatoriamente con la Entidad Gestora, e insertar en los convenios de asociación condiciones que se opongan a las normas de Seguridad Social y de las que regulan la colaboración en la gestión de las Mutuas Patronales.

2. No contribuir en la medida que proceda al sostenimiento de los Servicios Comunes de la Seguridad Social y no cumplir las obligaciones que procedan en materia del reaseguro o del sistema de compensación de resultados establecidos.

3. Aplicar epígrafes de la tarifa de primas o, en su caso, las adicionales que procedan, distintas de las que sean preceptivamente obligatorias, según las actividades y trabajos de cada empresa, así como promover u obtener el ingreso de cantidades equivalentes o sustitutorias de las cuotas de la Seguridad Social por procedimientos diferentes a los reglamentarios.

4. Concertar, utilizar o establecer servicios sanitarios, de prevención de accidentes, de recuperación o de rehabilitación propios o de terceros, sin la previa autorización del organismo competente.

5. Exigir a las empresas asociadas, al convenir la asociación, el ingreso de cantidades superiores al importe anticipado de un trimestre de las correspondientes cuotas en concepto de garantía, o bien exigir dicho ingreso más de una vez.

6. Ejercer la colaboración en la gestión con ánimo de lucro; no aplicar el patrimonio estrictamente al fin social de la Entidad; distribuir beneficios económicos entre los asociados, con independencia de su naturaleza; afectar los excedentes anuales a fines distintos de los reglamentarios; y continuar en el ejercicio de la colaboración cuando concurran causas de disolución obligatoria sin comunicarlo al órgano competentes.

SECCION 4.ª INFRACCIONES DE LAS EMPRESAS QUE COLABORAN VOLUNTARIAMENTE EN LA GESTION

Artículo 22. Infracciones leves.

Son infracciones leves:

1. No llevar en orden y al día la documentación reglamentariamente exigida.

2. No dar cuenta, semestralmente, al Comité de Empresa de la aplicación de las cantidades percibidas para el ejercicio de la colaboración.

Artículo 23. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

1. No mantener las instalaciones sanitarias propias en la condiciones exigidas para la prestación de la asistencia.
2. No coordinar la prestación de asistencia sanitaria con los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social.
3. Prestar la asistencia sanitaria con personal ajeno a los Servicios de la Seguridad Social, salvo autorización al efecto.
4. Conceder prestaciones en tiempo, cuantía o formar distintos a los reglamentariamente establecidos.
5. No ingresar las aportaciones establecidas para el sostenimiento de los Servicios Comunes.
6. No llevar en su contabilidad una cuenta específica que recoja todas las operaciones relativas a la colaboración.

Artículo 24. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

1. Ejercer las funciones propias del objeto de la colaboración sin previa autorización.
2. Continuar en el ejercicio de la colaboración después de pérdida de los requisitos mínimos exigibles.
3. Destinar los excedentes de la colaboración a fines distintos de la mejora de las prestaciones.
4. No aplicar a los fines exclusivos de la colaboración incluyendo en ella la mejora de las prestaciones, las cantidades deducidas de la cuota reglamentaria.

CAPITULO IV

Infracciones en materia de empleo y prestaciones de desmepleo

Artículo 25. Concepto.

Son infracciones en materia de colocación y empleo y proporción por desempleo las acciones u omisiones de los sujetos quienes se refiere el artículo 2.3, tipificadas y sancionadas conformidad a lo previsto en la presente Ley.

SECCION 1.ª INFRACCIONES DE LOS EMPRESARIOS EN MATERIA DE EMPLEO, AYUDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO, EN GENERAL Y FORMACION PROFESIONAL OCUPACIONAL

Artículo 26. Infracciones leves.

Son infracciones leves:

1. No comunicar a la Oficina de Empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviere establecida esa obligación.

2. No comunicar a la Oficina de Empleo la terminación de los contratos de trabajo, en los supuestos en que estuviere prevista tal obligación.

3. No hacer constar en los anuncios que hagan las agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores el número de la oferta en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta.

4. Hacer publicidad de una oferta de trabajo sin que haya sido visada previamente por el Instituto Nacional de Empleo.

5. La falta de registro en la Oficina de Empleo del contrato de trabajo en los casos en que estuviere establecida la obligación de registro.

Artículo 27. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

1. Contratar directamente a un trabajador sin hacer, con carácter previo, la correspondiente solicitud a la Oficina de Empleo, salvo los casos excluidos legalmente de tal obligación.

2. No comunicar a la Oficina de Empleo, con carácter precio, la convocatoria pública para celebrar pruebas objetivas de acceso a la empresa.

3. No informar las empresas de selección de sus tareas al Instituto Nacional de Empleo.

4. El incumplimiento de las medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo dictadas en virtud de lo dispuesto en los artículos 17.2 y 17.3 del Estatuto de los Trabajadores.

5. No notificar a la representación legal a los trabajadores de las contrataciones de duración determinada que se celebren.

Artículo 28. Infracciones muy graves.

1. Ejercer las actividades de mediación privada en la colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la contratación laboral de todo tipo, prohibidas en el párrafo primero del artículo 16.2 de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores.

2. Establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión de ofertas de trabajo o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, raza, religión, opinión política, afiliación sindical, ascendencia y parentesco u origen social.

3. Obtener o disfrutrar indebidamente de extensiones, bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social, subvenciones, u otras ayudas de fomento del empleo y formación profesional ocupacional, establecidas para las distintas modalidades de contratación o programas de apoyo a la creación de empleo.

4. La no aplicación o las desviaciones en la aplicación de las ayudas de fomento del empleo, bonificaciones o subvenciones a la contratación labo-

ral, así como a la formación profesional ocupacional concedidas, financiadas o garantizadas, en todo o en parte, por el Estado.

SECCION 2.ª INFRACCIONES EN MATERIA DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO

Artículo 29. Infracciones de los empresarios.

Constituyen infracciones de los empresarios en materia de prestaciones por desempleo:

1. Leves:

No facilitar a las Entidades de la Seguridad Social o al Instituto Nacional de Empleo de documentación que estén obligados a proporcionar, consignar inexactamente los datos, certificaciones o declaraciones que presenten, o no cumplimentar éstos con arreglo a las normas procedentes.

2. Graves:

2.1 No entregar al trabajador, en tiempo y forma, el certificado de empresa y cuantos documentos sean precisos para la tramitación de la prestación por desempleo.

2.2 No cotizar por la contingencia de desempleo en el tiempo y cuantía legalmente establecidos.

2.3 No proceder en tiempo y cuantía al pago delegado de la prestación por desempleo.

2.4 No abonar al Instituto Nacional de Empleo las prestaciones satisfechas por éste a los trabajadores cuando la empresa hubiera sido declarada responsable de la obligación.

3. Muy graves:

3.1 El falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente prestaciones por desempleo.

3.2 La connivencia con los trabajadores para la obtención indebida por parte de éstos de las prestaciones de desempleo, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan, así como dar ocupación a trabajadores titulares de las prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social. Se presumirá que exista connivencia en el caso de que los trabajadores preceptores de prestaciones no hayan sido inscritos en el libro de Matrícula con carácter previo a su entrada en el trabajo.

3.3 La simulación de la contratación laboral con la finalidad de que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente las prestaciones de desempleo.

3.4 La reanudación total o parcial del trabajo en los casos de suspensión de contratos o reducción de jornada autorizados en expediente de regula-

ción de empleo, si los trabajadores continúan cobrando fraudulentamente la prestación por desempleo.

SECCION 3.ª INFRACCIONES DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE EMPLEO, PRESTACION POR DESEMPLEO Y FORMACION PROFESIONAL OCUPACIONAL

Artículo 30. Infracciones de los trabajadores.

Constituyen infracciones de los trabajadores:

1. Leves:

No comparecer, sin causa justificada, previo requerimiento, ante la Entidad Gestora.

2. Graves:

2.1 Negarse a participar en acciones de promoción, formación, reconversión profesionales, salvo causa justificada.

2.2 Rechazar una oferta de empleo adecuada o negarse a participar en los trabajos de colaboración social o en programas de empleo, salvo causa justificada. A los efectos previstos en esta Ley, se entenderá por empleo adecuado aquel que reúna los requisitos establecidos en el artículo 10.3 de la Ley 3/1984, de 2 de agosto.

3. Muy graves:

3.1 Compatibilizar el percibo de prestaciones con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente. En el caso del subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios, se entenderá que el trabajador ha compatibilizado el percibo de la prestación con el trabajo por cuenta ajena o propia cuando los días trabajados no hayan sido declarados en la forma prevista en su normativa específica de aplicación.

3.2 Obtener fraudulentamente prestaciones indebidas o superiores a las que les correspondan.

3.3 La connivencia con el empresario para la obtención indebida de prestaciones por desempleo.

3.4 La no aplicación, o la desviación en la aplicación, de las ayudas, en general, de fomento del empleo percibidas por los trabajadores.

CAPITULO V

Infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros

SECCION 1.ª INFRACCIONES EN MATERIA DE EMIGRACION Y MOVIMIENTOS MIGRATORIOS INTERNOS

Artículo 31. Concepto.

Son infracciones en materia de emigración y movimientos migratorios

laborales las acciones u omisiones de los sujetos a quienes se refiere el artículol 2.4 tipificadas y sancionadas de conformidad a la presente Ley.

Artículo 32. Infracciones leves.

Son infracciones leves:

1. La modificación de las condiciones de la oferta para emigrar, una vez autorizada administrativamente, si no causa perjuicio grave para los emigrantes.

2. No presentar los contratos de trabajo para su visado por la autoridad laboral, o no entregar al trabajador la copia del contrato ya visado.

3. La inaplicación de los descuentos establecidos para el transporte de los emigrantes.

Artículo 33. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

1. La difusión por cualquier medio de ofertas de trabajo para el extranjero sin la obtención de la preceptiva autorización administrativa.

2. La modificación de las condiciones de la oferta para emigrar, una vez autorizada administrativamente, si causa perjuicio grave para los emigrantes.

3. La ocultación, falsificación o rectificación de cláusulas sustancias de un contrato ya visado.

4. La realización de operaciones de transporte de emigrantes por empresas que carezcan de la preceptiva licencia o autorización especial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como el impago del "canon de repatriación» establecido legalmente.

5. El desplazamiento del trabajador al país de acogida sin la documentación necesaria o la retención injustificada por la empresa de dicha documentación.

6. La contratación de marinos españoles por cuenta de empresas armadoras extranjeras realizada por personas o entidades no autorizadas por la autoridad laboral para realizar ese cometido.

Artículo 34. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

1. El establecimiento de cualquier tipo de agencias de reclutamiento de emigrantes.

2. La simulación o engaño en el reclutamiento o en la contratación de los emigrantes.

3. El abandono de trabajadores emigrantes en país extranjero por parte del empresario contratante o de sus representantes autorizados.

4. El cobro a los trabajadores de comisión o precio por su reclutamiento.

5. La obtención fraudulenta de ayudas a la emigración y movimientos migratorios interiores, ya sean individuales o de reagrupación familiar, o la no aplicación o aplicación indebida de dichas ayudas.

SECCION 2.ª INFRACCIONES EN MATERIA DE PERMISO DE TRABAJO DE EXTRANJEROS

Artículo 35. Infracciones.

Serán consideradas conductas constitutivas de infracción muy grave las de:

1. Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado.

2. Los extranjeros que ejerzan en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia, sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo, o no haberlo renovado.

3. Las de las personas físicas o jurídicas que promuevan, medien o amparen el trabajo de los extranjeros en España sin el preceptivo permiso de trabajo.

CAPITULO VI
Sanciones

SECCION 1.ª NORMAS GENERALES SOBRE SANCIONES A LOS EMPRESARIOS Y, EN GENERAL, A OTROS SUJETOS QUE NO TENGAN LA CONDICION DE TRABAJADORES O ASIMILADOS

Artículo 36. Criterios de graduación de las sanciones.

1. Calificadas de infracciones, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores afectados en su caso, perjuicio causado, cantidad defraudada, como circunstancias que puedan atenuar o agravar la infracción cometida.

2. En las infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, a efectos de graduación de las sanciones, se tendrán en cuenta, además, las condiciones, formas y modalidades que se aprecien en la ejecución de las actividades desarrolladas en el centro de trabajo; la permanencia o transitoriedad de los riesgos y peligros inherentes a dichas actividades; las medidas o elementos de protección colectiva o individual adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas en orden a la prevención de tales riesgos y peligros.

Artículo 37. Graduación de las sanciones.

1. De conformidad a lo establecido en el artículo anterior, las sanciones podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo.

2. Las faltas leves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de

5.000 a 10.000 pesetas; en su grado medio, de 10.001 a 25.000 pesetas; y en su grado máximo, de 25.001 a 50.000 pesetas.

3. Las faltas graves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 50.001 a 100.000 pesetas; en su grado medio, de 100.001 a 250.000 pesetas, y en su grado máximo, de 250.001 a 500.000 pesetas.

4. Las faltas muy graves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 500.001 a 2.000.000 de pesetas; en su grado medio, de 2.000.001 a 8.000.000 pesetas; y en su grado máximo, de 8.000.001 a 15.000.000 de pesetas.

Artículo 38. Reincidencia.

Existe reindicencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto, se requerirá que la resolución sancionadora hubiese adquirido firmeza.

Si se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones consignadas en los apartados anteriores podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder en ningún caso del tope máximo de 15.000.000 de pesetas.

SECCION 2.ª NORMAS ESPECIFICAS

SUBSECCION 1.ª SEGURIDAD E HIGIENE Y SALUD LABORALES

Artículo 39. Suspensión o cierre de centro de trabajo.

El Gobierno, cuando concurran circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones referidas a la seguridad e higiene y salud laborales podrá acordar la supresión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, el pago del salario de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía.

Artículo 40. Responsabilidad empresarial.

Las infracciones a lo dispuesto en los artículo 42 a 44 del Estatuto de los Trabajadores determinan la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos.

Los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responden del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista.

Artículo 41. Normas jurídico-técnicas.

Las infracciones a las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo, pero que no tuviesen la calificación directa de normativa laboral, reglamentaria o paccionada en materia de seguridad e higiene y salud laborales, serán consideradas como transgresión a esta normativa a los efectos de declaración de los derechos de los trabajadores en materia de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y seguridad social.

SUBSECCION 2.ª SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 42. Mutuas Patronales.

1. La Secretaría General para la Seguridad Social, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y siempre que las circunstancias que concurran en la infracción así lo aconsejen, podrá acordar la aplicación a las Mutuas Patronales de las medidas que a continuación se señalan, con independencia de las sanciones que puedan imponerse a las mismas de conformidad con lo previsto en el artículo 37:

1.1 La intervención temporal de la entidad, en caso de infracción calificada de grave.

1.2 La remoción de sus órganos de gobierno, juntamente con la intervención temporal de la entidad, o bien el cese de aquéllas en la colaboración, en caso de infracción calificada de muy grave.

2. Si los empresarios promotores de una Mutua Patronal realizasen algún acto en nombre de la entidad antes de que su constitución haya sido autorizada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y sin que figure inscrita en el correspondiente Registro, o cuando falte alguna formalidad que le prive de existencia en derecho y de personalidad en sus relaciones jurídicas con terceros, los que de buena fe contraten con la Mutua Patronal no tendrán acción contra ésta, pero sí contra los promotores. En este supuesto la responsabilidad de los promotores por dichos actos será ilimitada y solidaria. En tales casos, los empresarios promotores de la Mutua Patronal serán sujetos responsables asimismo de las infracciones comprendidas en la Sección 3.ª del capítulo III.

Artículo 43. Sanciones a los Empresarios que colaboran voluntariamente en la gestión.

Con independencia de las sanciones que correspondan de acuerdo con el artículo 37, siempre que las circunstancias del caso lo requieran, en beneficio de la corrección de deficiencias observadas en la propuesta elevada al órgano directivo responsable de la vigilancia, dirección y tutela de la Seguridad Social, se podrán aplicar, además, las siguientes sanciones:

1. Suspensión temporal de la autorización para colaborar por plazo de hasta cinco años.

2. Retirada definitiva de la autorización para colaborar con la pérdida de la condición de Entidad Colaboradora.

Artículo 44. Otras responsabilidades.

Las sanciones que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables, se entenderán sin perjuicio de las responsabilidades exigibles a los mismos, de acuerdo con los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo.

SUBSECCION 3.ª EMPLEO, AYUDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO, FORMACION OCUPACIONAL Y PROTECCION POR DESEMPLEO

Artículo 45. Sanciones accesorias a los empresarios.

Sin perjuicio de las sanciones a que se refiere el artículo 37, los empresarios que hayan cometido infracciones graves o muy graves:

1. Perderán automáticamente las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.

2. Podrán ser excluidos del acceso a tales beneficios por un período máximo de un año.

3. En los supuestos previstos en el artículo 29.3, en caso de insolvencia del trabajador para devolver las cantidades indebidamente percibidas, responderá subsidiariamente de dicha deuda.

4. En los supuestos previstos en el artículo 28.4 queda obligado, en todo caso, a la devolución de las cantidades no aplicadas o aplicadas incorrectamente.

SUBSECCION 4.ª SANCIONES A LOS TRABAJADORES, SOLICITANTES Y BENEFICIARIOS DE PRESTACIONES

Artículo 46. Sanciones en materia de empleo, formación profesional ocupacional, ayudas para fomento del empleo, protección por desempleo y Seguridad Social.

1. Las infracciones de los trabajadores se sancionarán:

1.1 Las leves, con pérdida de la prestación, subsidio o pensión durante un mes.

1.2 Las graves, tipificadas en el artículo 17, con pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses.

Las infracciones al artículo 30.2.1, con seis meses de pérdida de la prestación o subsidio por desempleo.

La reincidencia de las infracciones señaladas en el artículo 30.2.1 y las infracciones tipificadas en el apartado 2.2 del mismo precepto, con extinción de la prestación o subsidio por desempleo.

La inscripción como desempleados de los trabajadores que incurran en las infracciones señaladas en los apartados 1 y 2 del artículo 30.2 quedará en todo caso sin efecto, determinando la pérdida de los derechos que, como demandantes de empleo, tuvieran reconocidos.

1.3 Las muy graves, con pérdida de la pensión durante un período de seis meses o con extinción de la prestación o subsidio por desempleo.

Igualmente, se les podrá excluir del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda por fomento de empleo durante un año.

2. Las sanciones a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

3. No obstante las sanciones anteriores, en el supuesto de que la transgresión de las obligaciones afecten al cumplimiento y conservación de los requisitos que dan derecho a la prestación, podrá la Entidad Gestora suspender cautelarmente la misma, hasta que la resolución administrativa sea definitiva.

4. La imposición de las sanciones por infracciones leves y graves corresponde a la Entidad Gestora; la de las muy graves compete a la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

CAPITULO VII
Disposiciones comunes

Artículo 47. Atribución de competencias sancionadoras.

1. Las infracciones serán sancionadas, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por los Directores Provinciales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hasta 1.000.000 de pesetas; por el Director general competente por razón de la materia, hasta 5.000.000 de pesetas; por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social hasta 10.000.000 de pesetas; y por el Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo y Seguridad Social, hasta 15.000.000 de pesetas.

2. La atribución de competencias a que se refiere el apartado anterior no afecta al ejercicio de la potestad sancionadora que pueda corresponder a las autoridades sanitarias.

3. Asimismo, tampoco afecta al ejercicio de la potestad sancionadora que pueda corresponder a las Autoridades laborales de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de ejecución de la legislación laboral, que se efectuará de acuerdo con su regulación propia en los términos y con los límites previstos en sus respectivos Estatutos de Autonomía y disposiciones de desarrollo y aplicación.

4. En materia de sanciones a los trabajadores o asimilados, peticionarios y beneficiarios de prestaciones o subsidios y pensiones se estará a lo dispuesto en el artículo 46.2.

Artículo 48. Actuaciones de advertencia y recomendación.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad a lo previsto en los artículo 17.2 del Convenio 81 de la OIT y artículo 22.2 del Convenio 129 de la OIT, ratificados por el Estado Español por Instrumentos de 14 de enero de 1960 y 11 de marzo de 1971, respectivamente, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores, podrá advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, en estos supuestos dará cuenta de sus actuaciones a la Autoridad laboral competente.

Artículo 49. Infracciones por obstrucción de la labor inspectora.

1. Las acciones u omisiones que pertuben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Controladores Laborales, serán constitutivas de obstrucción a la labor inspectora, que se calificará como grave, excepto aquellos supuestos que impliquen un mero retraso en el cumplimiento de obligaciones de información, comunicación o comparecencia, que se calificarán como leves.

2. Los supuestos de resistencia reiterada, coación, amenaza, violencia, desacato, o cualquier otra forma de presión ejercida sobre los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Controladores Laborales serán considerados como infacción muy grave.

3. Las obstrucciones a la actuación inspectora serán sancionadas conforme a lo establecido en la presente Ley.

4. Sin perjuicio de lo anterior, en caso necesario la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá recabar de la Autoridad competente o de sus agentes el auxilio oportuno para el normal ejercicio de sus funciones.

CAPITULO VIII
Procedimiento sancionador

Artículo 50. Normativa aplicable.

El procedimiento sancionador se ajustará a lo previsto en la presente Ley, siendo de aplicación subsidiaria las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Artículo 51. Principios de tramitación.

1. El procedimiento se ajustará a los siguientes trámites:

a) Se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de actuaciones practicadas de oficio, por propia iniciativa o mediante denuncia, o a instancia de persona interesada.

b) El acta será notificada al sujeto responsable, quien dispondrá de un

plazo de quince días para formular las alegaciones que estimase pertinentes en defensa de su derecho, ante la autoridad competente para dictar resolución.

c) Transcurrido el plazo de alegaciones y previas las diligencias que estime necesarias, se dará nueva audiencia por término de ocho días al interesado, siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el acta de la Inspecciódn de Trabajo y Seguridad Social.

d) A la vista de lo actuado, por el organo competente se dictará la resolución correspondiente.

2. El procedimiento de imposición de sanciones a que se refiere el artículo 46, y para las sanciones leves y graves, se iniciará directamente por la Entidad Gestora, dándose audiencia al interesado.

Artículo 52. Contenido de las actas.

1. En las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad social se reflejarán:

a) Los hechos constatados por el Inspector actuante, destacando los relevantes a efectos de la tipificación de la infracción y graduación de la sanción.

b) La infracción presuntamente cometida con expresión del precepto vulnerado.

c) La propuesta de sanción, su graduación y cuantificación.

2. Las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se extiendan con arreglo a los requisitos establecidos en el apartado anterior estarán dotadas de presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en la misma, que hayan sido constatados por el Inspector actuante, salvo prueba en contrario.

Artículo 53. Recursos.

Contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores se podrán interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera: La cuantía de las sanciones establecidas en el artículo 37 de la presente Ley podrá ser actualizada periódicamente por el Gobierno a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

Segunda: De conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en España, la exigencia del permiso de trabajo a los ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas tendrá el conte-

nido y alcance previstos en el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, en tanto subsista la normativa transitoria contenida en los artículos 56, 57 y 58 del Acta de Adhesión de España a la Comunidades Europeas.

DISPOSICIONES FINALES

Primera: Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en la presente Ley y, en particular:

– El artículo 57 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

– Los artículos 60 y 193 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

– El artículo 4 del Real Decreto-ley 10/1981, de 19 de junio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social.

– Los artículos 27, 28, 29 y 30 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, por la que se modifica el título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre.

– Los artículos 55 y 56 de la Ley 33/1971, de 21 de julio, de Emigración.

Segunda: El Gobierno dictará el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones previstas en la presente Ley, rigiendo entretando las normas vigentes en lo que no se opongan a lo dispuesto en la misma.

Tercera: La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 7 de abril de 1988.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

Nota a la resolución de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de 28 de septiembre de 1988(*)

La presente resolución, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de 28 de septiembre de 1988, formula una doctrina interesante, que incide en el ámbito de las relaciones laborales en Establecimientos Militares, y que hace referencia al intento conciliatorio previo, en reclamaciones colectivas contra el Ministerio de Defensa.

Antecedentes

El origen de la resolución de la Dirección General, viene dado, por una reclamación del Comité de Empresa del Instituto Social de las Fuerzas Armadas –ISFAS–, ante la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridadd Social, de Madrid, a través de la vía del conflicto colectivo, por cuestiones relacionadas con información del Comité sobre terminación de relaciones laborales, absentismo, plantillas, representación, convocatoria de concursos y contratación de personal. La Dirección Provincial citada, se declara incompetente para la prosecución de los trámites de conflicto colectivo, dada la condición de personal civil no funcionario, dependiente de Establecimientos Militares. Contra esta primera resolución, los interesados, interponen recurso de alzada ante la Dirección General que resulta desestimado.

Fundamentos de la Resolución

La Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, entra a analizar, en un primer lugar, si resulta adecuada la vía del conflicto colectivo, para las cuestiones de tal naturaleza, que surjan respecto al personal comprendido en el ámbito de aplicación del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, concluyendo, que, sí aparece como cauce idóneo la utilización de la citada vía de conflicto colectivo, sujetándose la reclamación al procedimiento previsto en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

Sin embargo, y no obstante lo anterior, se considera por la Dirección General, que la Dirección Provincial de Trabajo es incompetente para continuar los trámites de conflicto colectivo, en base a la excepción que supone la determinación de la Autoridad Laboral, que ha de hacerse según lo dispuesto en el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, y que será ostentada por el Organismo "ad hoc" del Ministerio de Defensa, Autoridad Laboral, que a falta de acuerdo, deberá continuar la tramitación, según lo dispuesto en los arts. 145 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el art. 23 y siguientes del Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo.

(*) El texto de la resolución se reproduce al continuación.

EXPTE. SMAC: RA 4/88. Acumulado RA 5/88.
Recursos de Alzada: fechas 2 de julio de 1988 y 19 de julio de 1988.
Recurrente: Comité de Empresas de ISFAS
Resolución recurrida:
Fechas: 12-5-88; 12-5-88; 7-6-88 y 14-6-88, en primer escrito y 20 de junio de 1988 en el segundo.
Origen: Madrid. Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social.
Expediente: 67/88; 50/88; 175/87 y 79/88 y 122/88.

Estudiados los antecedentes que obran en el expediente de referencia, una vez finalizado el procedimiento legalmente establecido y cumplidas las normas reglamentarias que se citan y demás de general aplicación, procede dictar la siguiente

RESOLUCION

1. MOTIVACION

1.1 HECHOS

1.º Con fechas 25 de noviembre de 1987, 4 de marzo de 1988, 23 de marzo de 1988 y 15 de abril de 1988 se presentaron ante la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, escritos del Comité de Empresa del Instituto Social de las Fuerzas Armadas –ISFAS– interponiendo respectivos Conflictos Colectivos por cuestiones relacionadas con información del Comité sobre terminación de relación laborales, absentismo, plantillas y distribución provincial, representación, convocatoria de concursos y contratación de personal.

2.º Con fechas 8 de marzo, 7 de abril y 18 de abril, la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social convoca a las partes para la celebración de los respectivos actos de conciliación los días 19, 21 y 29 de abril y 10 de mayo, sin que consten en el expediente las actas consiguientes con el resultado de los intentos conciliatorios.

3.º Con fechas 12 de mayo –dos–, 7 de junio y 14 de junio la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social dicta respectivas Resoluciones, en las que se declara incompetente para la prosecución de los trámites de conflicto colectivo, dada la condición de personal civil no funcionario dependiente de Establecimientos Militares.

4.º Con fecha 2 de julio de 1988, el Comité de Empresa de ISFAS interpone Recurso de Alzada contra las indicadas Resoluciones aduciendo, sustancialmente, que ha de cumplirse el artículo 24 de la Constitución, debiendo tener acceso a la jurisdicción en proceso sin dilaciones indebidas, no teniendo la Administración facultades para calificar el contenido jurídico ni para determinar su propia potestad de trámite, viniendo a cuestionarse la

aplicabilidad del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio en su totalidad al ISFAS, dado su carácter de ente Gestor de la Seguridad Social que si bien es Administración Militar no constituye "Establecimiento Militar".

5.° Con fecha 21 de julio de 1988 tiene entrada en este Centro Directivo escrito de interposición de Recurso de Alzada, de fecha 19 del mismo mes y año, contra Resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid de fecha 20 de junio de 1988, en expediente de Conflicto Colectivo n° 122/88 iniciado por escrito de la recurrente de fecha 14 de junio de 1988, alegando idéntidas razones a las sustancialmente recogidas en el anterior Hecho 4°.

6.° Dada la íntima conexión existente, con identidad de las partes interesadas, se dispone, por Diligencia de la Sección que tramita estos recursos de fecha 29 de septiembre de 1988 y al amparo de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, su acumulación para la prosecución conjunta de los trámites bajo la referencia SMAC RA 4/88.

7.° La Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social remite documentación sobre lo actuado en los expedientes recurridos con su preceptivo informe de fechas 15 y 19 de septiembre, respectivamente, en los que hace constar que se ratifica en sus Resoluciones, pidiendo la desestimación de los Recursos interpuestos.

8.° Conferido preceptivo traslado de los escritos de interposición de Recursos de Alzada a la Dirección de ISFAS, con legal plazo para alegaciones, ésta contesta en sendos escritos de fecha 16 de septiembre, en los que concluye solicitando la desestimación de los Recursos interpuestos y consiguiente confirmación de las Resoluciones recurridas.

1.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y VALORACION JURIDICA DE LOS HECHOS

I

Se cuestiona en el presente trámite una materia que, por ser de orden público procesal, ha de ponderarse con carácter previo a cualquiera otra cuestión sustantiva: la competencia del órgano administrativo de instancia para proseguir unas actuaciones que se extraen de su ámbito competencial y así lo manifiesta en las Resoluciones recurridas. Para poder determinar si existe o no tal competencia ha de partirse de unos postulados determinantes de su posible excepción en supuesto especial: tales presupuestos son la *naturaleza laboral* de las relaciones del personal laboral de ISFAS con este organismo y el *carácter especial* de tales relaciones, según el Real Decreto 2205/1980 de 13 de junio (BOE del 18) dictado en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Final Séptima del Estatuto de los Trabajadores.

Del primer postulado se desprende una inicial competencia de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en cuanto tal carácter laboral

de las relaciones existentes produce las siguientes consecuencias jurídicas determinantes de aquélla:

Reconocimiento del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo por el artículo 24 de la Constitución Española.

Tal derecho viene siendo reconocido por la doctrina jurisprudencial a personal no ya de relaciones laborales especiales, sino al de "tertia via" de relación estatutaria, excluída de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores –y por tanto de la esfera laboral– de manera expresa por disposición del artículo 1º del propio Estatuto; reconociendo que el ejercicio de las acciones que puedan derivarse de tal derecho ha de efectuarse en el ámbito de la esfera jurisdiccional social y ha de sustanciarse de acuerdo con las normas rituales de los Conflictos Colectivos. Se viene a reiterar tal doctrina, entre otras Sentencias en la de la Sala 5ª del Tribunal Central de Trabajo de 19 de octubre de 1987.

Como consecuencia de ello,

Tramitación del Conflicto Colectivo según la Ley que regule el ejercicio de este derecho a que hace referencia el propio artículo 24.2 Constitucional antes citado.

Tal Ley debe entenderse, en el presente supuesto, integrada por el Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977, por las normas al respecto aplicables de la Ley de Procedimiento Laboral y las igualmente aplicables del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio. Ahora bien, tales normas contienen disposiciones concatenadas que han de cohonestarse en una aplicación coherente, derivada de una adecuada exégesis: así, el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, determina unas competencias territoriales para unas Autoridades Laborales centrales y periféricas, que en nada impide que el ejercicio de tal Autoridad Laboral pueda conferirse a órgano administrativo distinto en ámbito funcional específico, por adecuada norma; tal ocurre con el Real Decreto 2205/1980, que confiere la Autoridad Laboral, dentro de la esfera de establecimientos militares, al órgano u organismo del Ministerio de Defensa que corresponda según las normas orgánicas vigentes. De otra parte, el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral, –incluídos en la Sección 14ª del Título II de Procedimientos Especiales de dicha Ley, como regulación jurisdiccional del procedimiento de Conflicto Colectivo– exige un doble intento conciliatorio, teniendo uno de ellos el carácter de previo respecto al otro; y tal preceptivo intento de conciliación o mediación de carácter previo ha de realizarse ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC), según expresamente dispone tal artículo; pero el IMAC fue disuelto por Decreto 530/1985, de 8 de abril (BOE del 24), asumiendo su competencias las Direcciones Provinciales de Trabajo o la Dirección General de Trabajo, según su ámbito territorial, u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas en aquellas en que se ha producido transferencia de competencias en materias de Mediación, Arbitraje y Conciliación (Disposición Adicional Segunda). Pero tales competencias del organismo mediador

o conciliador no figuran conferidas, como tal, a órgano alguno del Ministerio de Defensa; en su consecuencia, la facultad de preceptiva mediación o conciliación previa, (con independencia de que sea o no excusable) corresponde a la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid en el ámbito territorial de esta provincia y Comunidad Autónoma, en cuanto no existe transferencia de competencias en esta materia a los órganos de la Comunidad. Ahora bien, una vez fallida la primera fase conciliatoria entra en juego la segunda fase preceptiva: "Y si aquel se intentara sin efecto, ante la Autoridad Laboral"; Autoridad Laboral conferida, en este caso por el Real Decreto 2205/80, al correspondiente órgano del Ministerio de Defensa, sin que la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad social tenga facultades ni competencias para proseguir los trámites, en cuanto no tiene la cualidad de Autoridad Laboral; es decir, ha sido competente como sucesora del IMAC y actual detentadora de la facultad mediadora o conciliadora a través de sus Unidades de Mediación, Conciliación y Arbitraje, pero no lo es como Autoridad Laboral, que no detenta con relación a las partes interesadas.

II

Queda, pues, sentado que es adecuada la vía de Conflicto Colectivo para las cuestiones de tal naturaleza que surjan respecto al personal comprendido en el ámbito de aplicación del Real Decreto 2205/1980; que los ritos a seguir son los establecidos en el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, con la excepción que supone la determinación de la Autoridad Laboral competente –cuya determinación ha de hacerse según lo dispuesto en el Real Decreto 2205/1980– y especialmente en el orden jurisdiccional los regulados en los artículos 144 y siguientes de la Ley de Procedimiento laboral, ordenadores de este especial procedimiento; y que los trámites preceptivos para intentos conciliatorios han de realizarse con carácter previo ante la Unidad competente de Mediación, Arbitraje y Conciliación, que en este caso radica en la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y, fallido este intento, ante la Autoridad Laboral, ostentada por el órgano u organismo "ad hoc" del Ministerio de Defensa; Autoridad Laboral que, deberá continuar la tramitación según lo dispuesto en los artículos 145 "infine" y siguientes del Procedimiento Laboral en relación con el 23 y siguientes del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo y especialmente el apartado a) del artículo 25 del mismo, de llegarse a dar a ello por faltar la conciliación o la posibilidad de arbitraje.

III

El carácter de preceptivo del intento conciliatorio ante el IMAC no quiere decir que no existan criterios que lo estimen excusable.

En este punto y "ad cautelam" de alegaciones al respecto, parece adecuado argumèntar que no parece incuestionable la excepción de tales trámites conciliatorios con base en lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Procedimiento laboral, dado que tal excepción opera en los conflictos individuales o procedimientos ordinarios, pero no en los colectivos (y en todo caso limitada al IMAC, que es el acto previsto en el artículo 50), dado lo taxativo del artículo 145 de la misma Ley, que no contiene excepción alguna; viene a ser, pues, exigible en los conflictos colectivos tanto la reclamación previa, por el artículo 49 de la Ley de Procedimiento Laboral, como el intento conciliatorio, sin excepciones, por madato de los artículos 24 del Real Decreto Ley 17/1977, y 145 de la Ley de Procedimiento Laboral; duplicidad de actos –reclamación y conciliación– que vienen siendo exigidos por reiteradísima doctrina jurisprudencial respecto a organismos públicos y que obliga, aun cuando menos sea "ad cautelam" de su posible exigencia, respecto al primer intento.

IV

Se viene a cuestionar en alzada la vigencia del Real Decreto 2205/1980, y su constitucionalidad, así como su aplicabilidad al Centro de ocupación de los trabajadores afectados; con independencia de la viabilidad que tales cuestiones puedan encontrar mediante procedimiento adecuado en vías procedentes, –entre las que puede contarse la de conflicto colectivo–, no es este momento procesal oportuno para plantear cuestiones que, por ser nuevas, no han podido ser ponderadas por el órgano de instancia cuya decisión se pretende revisar en superior estracto jerárquico, por lo que no procede pronunciarse al respecto. Debiendo seguirse la tramitación considerando vigente y aplicable el ahora controvertido Real Decreto 2205/1980, como si no figurara cuestionado.

V

Consta en el expediente administrativo, en trámite de alzada, por manifestación de la parte recurrente y aportación de fotocopias de documentación al respecto, que las partes quedaron convocadas para intento conciliatorio en la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, habiéndose celebrado los correspondientes actos, según manifiesta la actora en su relato fáctico, en el ordinal quinto de su escrito del 2 de julio y sin referencias en el del 19, sin que conste el resultado de los mismos, si bien los posteriores hechos indican que no se alcanzó avenencia.

Con tal actuación conciliadora queda cumplida la función de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, derivada de la asunción de competencias del extinguido I.M.A.C. y a partir de ahí, como acertadamente se resuelve en las decisiones de instancia, se produce la incompetencia de la

Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social "para *seguir* las actuaciones...". En su consecuencia, deben estimarse ajustadas a derecho las decisiones recurridas en cuanto declaran la incompetencia del propio órgano periférico "para seguir las actuaciones" una vez celebrados los intentos conciliatorios en el primer supuesto de los exigidos por el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral. No consta la realización de tal trámite respecto al expediente 122/88, que pudiera estimarse no preceptivo por aplicación del artículo 51 de la Ley de Procedimiento Laboral, en cuanto actuación como órgano mediado o conciliador; es importante destacar que la unidad de actos conciliatorios reconocida reiteradamente por la jurisdicción social, solo se produce en aquellos casos en que coinciden en el mismo órgano las facultades de mediación y conciliación y la cualidad de Autoridad Laboral, siendo obligada la duplicidad de intentos conciliatorios cuando tal coincidencia, como en el presente caso, no se produce. Y si la excepción al intento conciliatorio no viene siendo admitida en trámite de conflicto colectivo pese a exigirse reclamación previa, tal exigencia se produce, inexcusablemente respecto al intento conciliatorio unitario o ante la Autoridad Laboral, pudiendo cuestionarse respecto al IMAC, según la exégesis proclive a uno u otro criterio que se haga de la concordancia de los artículos 50 y 51 de la Ley de Procedimiento Laboral; ello viene a obligar, en ocasiones, a adoptar la cautela procesal del intento conciliatorio, lo que no viene a ser determinante de su preceptividad inexcusable. Tampoco cabe cuestionar la competencia administrativa para la realización de trámites por el único hecho de que éstos sean preceptivos o potestativos, ya que la competencia la determina la propia naturaleza funcional de la materia y no su obligada o discrecional consideración.

VI

Con tales presupuestos cabe matizar que la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social tiene facultades, derivadas de las asumidas del IMAC, para intervenir, a instancia de parte, en intento conciliatorio como unidad mediadora y conciliadora; lo que no presupone que tal trámite haya de ser incuestionablemente preceptivo, ni que se prolongue su competencia más allá de celebrar el acto y certificar sobre su resultado. En su consecuencia, se estima jurídicamente adecuada la actuación administrativa del órgano provincial, en cuanto que, dentro de sus facultades, admite a trámite conciliatorio unas "papeletas" instadas por partes interesadas, en todo caso "ad cautelam" de su preceptiva exigencia procesal, celebra los actos rogados y posteriormente se declara incompetente para proseguir actuación alguna como autoridad Laboral, cualidad que, en principio y mientras adecuadamente no se declare la inaplicabilidad del Real Decreto 2205/1980, no detenta respecto al personal y centros afectados.

Toda la anterior motivación justifica la siguiente

2. DECISION

Esta Dirección General de Trabajo desestima los Recursos de Alzada interpuestos por el Comité del INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS (Gerencia-Madrid) contra Resoluciones de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid de fechas 12 de mayo (dos), 7 de junio, 14 de junio y 20 de junio, todas en 1988, dictadas en expedientes de dicha Dirección Provincial números 67/88, 50/88, 79/88 y 122/88, que quedan confirmadas en cuanto a la declaración de incompetencia para seguir la tramitación de los conflictos colectivos instados y sin perjuicio de que haya de expedir certificación de los actos de intento de conciliación celebrados, si así lo solicita parte interesada.

3. NOTIFICACION

3.1 Notifíquese esta Resolución, con justificante de recibo, a la Dirección del INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS (Gerencia-Madrid) y al Comité de Empresa del referido organismo, parte interesada y recurrente, respectivamente, con la advertencia de que la misma, que agota la vía administrativa, puede ser recurrida, en procedimiento Contencioso-Administrativo, ante la Audiencia Territorial de Madrid, en plazo de dos meses desde la recepción de la notificación.

3.2 Dese traslado a la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid para su conocimiento y efectos oportunos.

3.3 Todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y 10, 58 y 59 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1950.

Madrid, 28 de septiembre de 1988
EL DIRECTOR GENERAL DE TRABAJO
(P.D. O. 15-X-85)
EL SUBDIRECTOR GENERAL DE MEDIACION, ARBITRAJE Y CONCILIACION DE LA DIRECCION GENERAL DE TRABAJO

III. VARIOS

1. RECENSION DE LIBROS

"CONTRATACION DEL ESTADO, COMENTARIOS A LA LEY; LA PROBLEMATICA QUE SE PLANTEA EN RELACION CON LAS DIRECTIVAS DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA Y PARTICULAR REFERENCIA A LA CONTRACION DEL MINISTERIO DE DEFENSA"

Juan MIRANDA GONZALEZ. Madrid, 1987
General Auditor del Ejército de Tierra

El General Auditor del Ejército de Tierra D. JUAN MIRANDA GONZALEZ, es autor de la obra "Contratación del Estado. Comentarios a la Ley; la problemática que se plantea en relación con las Directivas de la Comunidad Económica Europea y particular referencia a la contratación del Ministerio de Defensa", que conoció en 1979 una primera edición y fue declarada de utilidad y obligada adquisición para el Ejército por Orden de 27 de febrero de 1979. Se trata ahora de una nueva edición, necesaria a la vista de las grandes modificaciones experimentadas por la Contratación del Estado, en especial por la incorporación de las directivas sobre contratos públicos en las Comunidades Económicas Europeas.

Destaca esta nueva publicación, no sólo por su valor didáctico –escrita con un lenguaje asequible que no desmerece el rigor de su planteamiento– sino por el carácter eminentemente práctico y la actualización de su contenido. Particularmente, es relevante su aportación en el ámbito específico del Ministerio de Defensa, tanto en la Organización como en los sistemas de contratación de las Comunidades Europeas. Se estudian también en la obra las últimas modificaciones introducidas en la contratación del Ministerio de Defensa por el Real Decreto 1.127/86 y normas de desarrollo, las distintas clases y fases del expediente de contratación y la contratación en los Organismos Autónomos de la Administración Militar. La publicación, en resumen, resulta de gran utilidad y obligada consulta para quienes participan en la contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa llenando un vacío existente en la bibliografía sobre la materia, tanto por el carácter especializado de la obra (dedicada a la contratación del Estado, con particular referencia a las especialidades militares) como por la cuidada actualización de su contenido.

J.L.R.-V y P.

Luis ALVAREZ ROLDAN y Ricardo FORTUN ESQUIFINO: "La Ley Disciplinaria Militar", con precedentes, jurisprudencia, concordancias, comentarios y formularios (Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas).
Editorial Aranzadi, 1985, 600 páginas.

No cabe duda, como afirman los autores en la Introducción a sus comentarios, que la publicación de la Ley Orgánica 12/1985 supone, junto con el *nuevo Código Penal Militar, el comienzo de una profunda transformación* del Derecho Militar; al tiempo que finaliza la vigencia de buena parte (Tratado Segundo: Leyes Penales) del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, estando prevista su completa derogación en futuras reformas, alguna de las cuales (Ley Orgánica de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar) se encuentra ya vigente.

En fecha reciente, escribía el autor de esta recensión que no es necesario destacar el gran impacto de estas leyes reformadoras de la Justicia Militar en los miembros de las Fuerzas Armadas; particularmente la LEY ORGANICA DE REGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS, como más directamente aplicable en el ejercicio habitual del mando militar, por lo que todos los esfuerzos serán necesarios para explicar y tratar de asimilar la profundidad de la reforma.

Este loable propósito ha sido logrado meritoriamente por los autores, que han puesto a disposición del mando militar un instrumento de gran utilidad para la correcta aplicación del régimen disciplinario castrense, huyendo de complicadas teorías doctrinales o complejas cuestiones técnico-jurídicas. De la calidad de la obra da fé el que ha sido declarada de utilidad para el Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire.

La publicación se estructura, despues de un excelente estudio introductorio y del prólogo del Excmo. Sr. Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, en el comentario de cada uno de los Títulos, Capítulos, artículos y disposiciones de la Ley Disciplinaria Militar, con gran sentido práctico no exento de una depurada técnica jurídica. El análisis de cada norma se compone de la exposición de sus precedentes, la jurisprudencia (que recoge las resoluciones de los Tribunales sobre la materia: Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, principalmente), los textos legales concordantes (otros

artículos de la misma Ley Disciplinaria Militar, la Constitución, Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, Código Penal Militar, Ley de Procedimiento Administrativo y Decreto de adaptación a los Departamentos Militares, Código Penal, Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o régimen disciplinario de funcionarios) y, finalmente, los comentarios de los autores, valiosa guía para la correcta aplicación de tan innovadora Ley. Debemos afirmar que el acierto, la prudencia y la pericia profesional han presidido la redacción de esta obra, doctrinal y práctica a la vez, donde no se ha eludido la respuesta a los grandes problemas que plantea la promulgación de una norma de tanta trascendencia para la vida militar.

Al final de la publicación se han incluido una serie de FORMULARIOS (en número de 58) relativos a FALTAS LEVES, GRAVES y EXPEDIENTE. GUBERNTIVO, que ayudan a la mejor aplicación de la Ley en su aspecto procedimiental y aumentan su valor práctico.

Como ANEXO se añade el texto completo de la fundamental Orden Ministerial nº 43/86, de 27 de mayo, por la que se aprueban las INSTRUCCIONES para la aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de necesaria consulta por el titular de la potestad disciplinaria o por el Juez Instructor de un procedimiento.

Cierra la magnífica edición de esta obra un completo INDICE alfabético de materias y artículos, de suma utilidad para el manejo de la públicación.

Después de lo expuesto, se me permitirán unas palabras sobre la importancia del conocimiento, por todos los militares, de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las FAS, donde se definen las infracciones disciplinarias militares, sus sanciones y el procedimiento para imponerlas. La Ley establece una definición de falta disciplinaria militar basada en el principio de legalidad garantizado por el artículo 25 de la Constitución, por lo que ningún militar puede ser sancionado por acciones u omisiones no prevista en la Ley Disciplinaria Militar o por un procedimiento no establecido en la misma.

De esta forma, la Autoridad o Mando con potestad disciplinaria examinará si la conducta del presunto infractor está prevista en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las FAS como falta leve (artículo octavo) o grave (artículo noveno), teniendo presente los deberes que imponen al militar las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, las Ordenazas del Ejército respectivos, las demás normas que rigen la Institución militar, las órdenes generales o particulares y el orden jerárquico castrense. Si la acción u omisión que se examina es contraria al ordenamiento jurídico militar, es necesario calificarla como falta grave o leve en alguno de los apartados de los artículos octavo o noveno de la Ley Orgánica 12/1985 y, además, establecer previamente si la conducta del presunto autor es voluntaria, es decir realizada intencionalmente y con conocimiento de los hechos o por imprudencia o negligencia. La culpabilidad del infractor es presupuesto básico de la sanción disciplinaria. Ahora bien, para calificar correctamente una con-

ducta como falta leve o grave disciplinaria militar es preciso deslindarla adecuadamente de otras infracciones. Así, en primer lugar conviene distinguirla de las infracciones penales: delitos o faltas del Código Penal, delitos o faltas de las leyes penales especiales y delitos militares del Código Penal Militar.

Aquí es aplicable el principio de intervención mínima del Derecho Penal, al que debe acudirse siempre en último lugar y entrar en juego solo cuando resulte indispensable, siendo deseable que se acuda a la calificación penal únicamente cuando resulten insuficientes otros remedios más directos y menos gravosos para restablecer el orden jurídico militar, como son las sanciones disciplinarias militares que la Ley pone en manos de la Autoridad o Mando de las FAS.

Como resumen diremos que, a la vista del carácter eminentemente práctico de la obra que comentamos, su cuidada edición, la profundidad de su contenido y el acierto que de sus comentarios doctrinales, no dudamos en recomendarla por su gran utilidad para la interpretación y la correcta aplicación de la Ley Disciplinaria Militar.

Y esta recomendación no solo va dirigida a los profesionales del Derecho Militar (compañeros del Cuerpo Jurídico Militar, abogados o estudiosos de la materia), sino muy particularmente a los mandos encargados de aplicar el régimen disciplinario castrense y a los alumnos de las Escuelas y Centros de formación militares, para los que ésta publicación constituirá –de seguro– una obra de frecuente y obligada consulta.

J.L.R-V. y P.

"LEGISLACION DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL". NEO Ediciones, S.A. (Legislación anotada), edición preparada por Antonio J. Carlos FERNANDEZ MARTIN, Capitán Auditor, Diplomado en Derecho del Trabajo. Madrid, diciembre de 1987.

Ha sido tradicional entre los miembros de los Cuerpos Jurídicos militares la preocupación por los temas laborales y de la Seguridad Social, incluso con anterioridad a la creación de las Secciones de Trabajo y Acción Social de los Cuarteles Generales o la Sección Laboral Central del Ministerio de Defensa. Podríamos, en efecto, citar las obras de numerosos compañeros estudiosos del Derecho Social o Laboral y del moderno Derecho de la Seguridad Social o con carácter más general y comprensivo, del Derecho de la Protección Social. Algunos de ellos fueron destacados monografistas de la materia, particularmente dedicados al análisis de las relaciones laborales en el ámbito de la Administración Militar. Es decir, del personal laboral del Ministerio de Defensa, que las Reglamentaciones definían como "personal civil no funcionario al servicio de los establecimientos militares".

Fruto de esta dedicación a tan importante campo del derecho es la aparición de una generación de excelentes especialistas en la materia, pertenencientes ahora al Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa. Entre ellos se encuentra el Capitán Auditor FERNANDEZ MARTIN, autor de esta útil edición de la "Legislación del Trabajo y de la Seguridad Social", que comentamos para los lectores de la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.

Se trata de una ambiciosa recopilación de normas laborales y de Seguridad Social, preparadas, ordenadas y anotadas por el autor, que realiza un trabajo realmente estimable en materia tan difícil de sistematizar y dotada de precaria vigencia.

El verdadero valor de la obra reside así, en la presentación sistemática de las normas legales vigentes y en las abundantísimas notas a pie de página que enriquecen la publicación, con las citas de numerosas disposiciones que completan el complejo ordenamiento jurídico español en esta materia.

El libro se divide en cuatro partes: I. DERECHO DEL TRABAJO, II. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, III. DERECHO PROCESAL y IV. DERECHO SINDICAL.

El "Derecho del Trabajo" abarca en su apartado A), "Normas sustantivas de la relación laboral", el Estatuto de los Trabajadores, con numerosas Notas, y el Decreto de 26 de enero de 1944 –Ley de Contrato de Trabajo– por estimar el autor que constituye texto de desarrollo del Estatuto de los Trabajadores, aun cuando reconoce la deslegalización de tal norma.

El apartado B) se dedica a las "Relaciones laborales de carácter especial", entre las que solo echamos en falta la regulación de la prestación de trabajo del personal civil no funcionario dependiente de Establecimientos Militares (Real Decreto 2205/1980 de 13 de junio), aludida por el autor en Nota a pie de página para reconocer su carácter de relación laboral especial. Nosotros preferimos indentificarla como "personal laboral de la Administración militar", para evitar la complicada y negativa denominación normativa.

El apartado C) ordena las variables normas sobre "Contratación temporal y fomento del empleo" y el D) la "Ordenación del salario y relaciones del trabajo", reproduciendo (además del Real Decreto 2380/1973) el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en su contenido vigente después de la Setencia de 8 de abril de 1981 del Tribunal Constitucional y de las derogaciones expresas de algunas de sus disposiciones por el Estatuto de los Trabajadores.

El apartado F) se refiere al "Despido y convenios colectivos de trabajo", el G) a las "Medidas sobre reconversión y reindustrialización", el H) publica el Acuerdo Económico y social para 1985-1986, el I) la Ley 15/1986, de Sociedades Anónimas Laborales y el J) la ley 46/1977 de amnistía.

La segunda parte de la obra se dedica, aceptando una terminología ya usual en el derecho español (ALMANSA PASTOR, ALONSO OLEA, GALA VALLEJO, DE LA VILLA y DESDENTADO, MONTOYA MELGAR, RODRIGUEZ SANTOS y SAGARDOY BENGOECHEA), al "Derecho de la Seguridad Social". A su vez se subdivide en: a) Ley General de la Seguridad Social, con abundantes y esclarecedoras Notas a pie de página, b) Inspección y Recaudación del sistema de la Seguridad Social, c) Leyes básicas de empleo y acción protectora de la Seguridad Social y d) Controladores laborales. La inclusión de la legislación básica de empleo y desempleo en este apartado encuentra fundamento en los arts. 40 y 41 de la Constitución.

El "Derecho Procesal" constituye la tercera parte de la publicación cuyo contenido se integra por la Ley de Procedimiento Laboral, la Organización de la jurisdicción ordinaria del orden laboral (Selección de las Normas, entre las que se reproducen los artículos pertinentes de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y la creación y estructura orgánica básica del IMAC.

Finalmente, termina esta importante recopilación de normas laborales con la parte cuarta dedicada al "Derecho Sindical", que contiene la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical y normas sobre elecciones sindicales.

Un completo índice analítico y una Tabla Cronológica de disposiciones cierra esta útil obra que compila, con el rigor y competencia profesional que

caracterizan al autor –colaborador de la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR– las normas fundamentales de la legislación laboral y de la Seguridad Social, tanto en su aspecto sustantivo como procedimental, resolviendo con fortuna la doble dificultad de ofrecer al profesional (y al estudioso de estos temas) una ordenación sistemática clarificadora y la presentación de los textos vigentes, en materia tan profundamente afectada por la acelerada mutuación normativa característica del ordenamiento jurídico-laboral español.

Jose Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO
Coronel Auditor

Lorenzo MORILLAS CUEVA: "La obediencia debida".
Editorial CIVITAS. Madrid, 1984, 220 páginas. Por Manuel HERNANDEZ-TEJERO GARCIA. Capitán Auditor.

La obra que aquí se recensiona, debido a la pluma del Profesor Titular de Derecho Penal D. Lorenzo Morillas Cueva, nos introduce de una manera seria y metodológica en un tema tan debatido en nuestros días cual es el del fundamento y aplicación de la eximente de obediencia debida, cuando a veces se quiere presentar tal circunstancia modificadora de la responsabilidad criminal como una fuente permanente de conflictos entre los principios de legalidad y sometimiento a la Norma y el de autoridad o jerarquía.

En este trabajo se lleva a cabo un estudio minucioso de la forma de tratar tal circunstancia en el Derecho penal común y en el Derecho penal militar, para lo cual se acude como fuente de interpretación a un método tan valioso como es el del Derecho comparado, unido a los planteamientos de política criminal que en un momento histórico determinado hacen aconsejable uno u otro enfoque.

De los capítulos con que cuenta esta obra, el primero se refiere a la obediencia debida en el Derecho penal común.

Comienza el autor por llevar a cabo una delimitación histórica del tema, mediante el estudio de las fuentes clásicas (Derecho romano, Derecho germánico, etc.), siguiendo por nuestro Derecho medieval (principalmente las Siete Partidas) y llegando hasta nuestros días, con un rápido recorrido a través de la Historia.

Tras estudiar el Derecho comparado, clasificando los Códigos penales en aquellos que no mencionan la obediencia debida, aquellos que la aprecian como atenuante y aquellos que le reconocen efectos eximentes, se adentra en la definición de dos ideas de capital importancia para entender el concepto de obediencia debida, cuales son las de relación de subordinación y la de la emisión de una orden, señalando acto seguido las diferencias que a su juicio presentan los conceptos de cumplimiento de un deber y obediencia debida, así como la teoría de los denominados mandatos antijurídicos obligatorios, llegando en este último punto, después de estudiar la solución que da a dicha teoría el Derecho administrativo, la teoría de las circunstancias que excluyen la tipicidad de la conducta y la teoría de la apariencia, a la conclusión de que para la eximente de obediencia debida no cabe hablar

de mandatos antijurídicos obligatorios o, más concretamente, de mandatos de contenido delictivo obligatorios.

Intimamente relacionado con este tema está el del poder de inspección de la orden por parte del subordinado, desarrollando las tres hipótesis clásicas; a) Régimen de obediencia ciega, que excluye de modo absoluto la posibilidad, por parte del inferior, de examinar la naturaleza de la orden recibida; b) régimen inverso al anterior, que considera que el inferior tiene siempre el derecho de discutir la orden del jefe y de desobedecerla cuando sea ilegal; y c) régimen mixto, consistente en establecer como regla la posibilidad de examinar la orden, y si procede de un superior en el círculo de sus atribuciones y viene en forma legal, siempre que no tenga evidente apariencia delictiva, en principio debe ser obedecida; régimen que el autor considera más acertado, toda vez que no se trata de que el inferior pueda en cualquier circunstancia "discutir" la orden que se le da, lo que rompería el principio de jerarquía administrativa, que tiene carácter constitucional, si no de "examinar" en todo caso de legalidad: el inferior debe de obedecer, pero no debe obedecer órdenes delictivas.

Pasa a continuación el autor a considerar la naturaleza jurídica de esta eximente y, tras un minucioso exámen, llega a las siguientes conclusiones acerca de los requisitos que deben concurrir de forma inexorable para poder aplicarla correctamente:

1. Existencia de una relación de subordinación del que obedece al que manda y emisión de una orden de éste para aquél.
2. Que tal subordinación sea reconocida u ordenada por la ley, sin tener que ser necesariamente una relación jerárquico-administrativa.
3. Que el mandato se refiera a relaciones habituales existentes entre el que manda y el que obedece y a sus respectivas competencias.
4. Que la orden tenga contenido delictivo y, por tanto, no vinculante. La de contenido conforme a Derecho se configura como una modalidad del cumplimiento de un deber.
5. Que el subordinado o bien desconozca la antijuridicidad de la orden y crea actuar con licitud o, conociéndola en uso del derecho-deber de examinar su legalidad, no se le pueda exigir otra conducta conforme a Derecho.
6. Que la conducta del dependiente responda a la finalidad de dar cumplimiento a la orden recibida.

El segundo capítulo de la obra objeto de recensión se dedica a la obediencia debida en el Derecho penal militar.

Tras unas cuestiones preliminares se concluye afirmando que en el ejército es esencial la pronta y fiel ejecución de las órdenes, pero aquellas referentes al servicio, ya que las que no lo son nada tienen que ver con la obediencia y con la disciplina; la jerarquía y subordinación, dualismo clave en la milicia, no sufren, sino todo lo contrario, si se deja de cumplir una orden cuya ejecución suponga un delito. Citando al Profesor Rodríguez Devesa (q.e.p.d.), añade que cuando el mandato del superior jerárquico es lícito la forma y en el fondo, o siendo antijurí-

dico no implica la realización de una infracción criminal, está fuera de toda duda que se debe la obediencia o cuando menos que es una cuestión que para nada afecta a la eximente de obediencia debida.

Se pasa después a hacer un análisis, por el método de Derecho comparado, del tratamiento dado a esta eximente por las distintas legislaciones penales militares de interés más relevante, cual es el caso de Alemania, Austria, Suiza, Francia, Italia, Brasil y Méjico como exponentes de los sistemas latinoamericanos, y Derecho anglosajón, para terminar con el tratamiento jurídico de la obediencia debida en el Derecho militar español.

Tras estudiar su evolución histórica, se concluye con la reforma introducida por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, que modificó el artículo 185, apartado 12 del entonces vigente Código de Justicia Militar de 1945, ya que la primera y única edición hasta el momento de la obra ahora recensionada es de 1984, y sin que por tanto haya sido objeto de exámen la normativa actual, introducida por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar.

Continúa el autor con aquellos presupuestos por los que a su juicio se singulariza el régimen jurídico de la obediencia debida en el Derecho penal militar, respecto al Derecho penal común, para desarrollar acto seguido cuestiones como la relación de subordinación y orden, la competencia del superior y forma de impartir la orden, el poder de examinar la orden, o lo que es lo mismo, la propia extensión del deber de obediencia a la vista de la teoría de la "obediencia ciega" en el Derecho penal militar y los mandatos antijurídicos de naturaleza delictiva, llegando a la conclusión el autor de que en un Estado democrático de Derecho la obediencia ciega no puede ser admitida, ni en el Ejército ni en la esfera civil, aunque evidentemente el hecho de que la disciplina militar exija obediencia inmediata, respetuosa y absoluta ha de entenderse con relación con la forma en que debe prestarse esa obediencia, y no con relación a sus límites.

Examina acto seguido el autor algunas Sentencias del Tribunal Supremo que poseen pronunciamientos acerca de la aplicación de esta eximente, y concluye con una notas acerca de su naturaleza jurídica.

Como colofón a la obra, incluye el autor una conclusiones de *lege ferenda,* que siendo sin duda valiosas, lógicamente adelantan soluciones que en cierto modo son ya *lege data* tras la profunda reforma que se ha operado en la normativa penal militar, en su parte sustantiva, con el Código Penal Militar de 1985 y Legislación Complementaria.

José María LAFUENTE BALLE: "El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución.
Editorial Revista de Derecho Privado. EDERSA. Madrid 1987. 421 páginas. Prólogo de Oscar Alzaga Villaamil. Por Federico F. de Buján.

La Editorial EDERSA, en su serie "Monografías" presenta una nueva obra dedicada –al menos incidentalmente– al estudio jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas. Y decimos –al tiempo que nos felicitamos– una nueva obra, ya que en esta misma colección, EDERSA nos ha ofrecido ya dos espléndidas monografías sobre temas afines. Ambas se deben a CASADO URBANO y llevan por título "Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español" una y la otra "Iniciación al Derecho constitucional militar". Si bien, en la presente obra objeto de recensión, no puede afirmarse de modo pleno, que su contenido tenga por específico objeto, el tratamiento o análisis de la regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas, sí puede mantenerse que, de su mismo título y de su propia temática deriva, la íntima conexión de la cuestión abordada, con la posición constitucional de los Ejércitos. Y si esa consideración la tenemos por evidente, es porque entendemos que no se trata de realidades diferentes –Rey y Fuerzas Armadas– sino de una única realidad omnicomprensible –los Ejércitos– en la que el Rey es constitucionalmente su Jefe supremo y militarmente su Capitán General.

La obra de Lafuente que en su origen constituyó su trabajó de Tesis Doctoral, es prologada por Oscar Alzaga como Director de la misma, quien afirma que está realizada, "con el propósito de analizar la institución de la Corona y su facultad de Comandancia Militar y ello desde una doble perspectiva, jurídico constitucional y de dinámica política". Ya en el mismo prólogo, Alzaga nos descubre que la tesis mantenida por su discípulo –siguiendo a esto a su Maestro–, es la de entender que de acuerdo con la configuración de la Monarquía parlamentaria en nuestra Constitución, no puede mantenerse el ejercicio efectivo de esta Jefatura Suprema, sino que debe reconducirse esta competencia –al igual que el resto de la facultades regias– a la categoría de "funciones de carácter eminente", cuyo ejercicio está sujeto al refrendo del gobierno. El propio autor introduce, antes de entrar en el exámen de la cuestión, una Sección previa, –Sección I– en la que después de exponer el concepto de Comandancia Militar –aludiendo a su naturaleza

jurídica, objeto y a los sujetos intervinientes , formula sucintamente su propia tésis, tratando de demostrar que la atribución hecha al Rey en el artículo 62 h) de la Constitución, "reviste un carácter preferentemente eminente". Las dos principales razones invocadas por Lafuente para defender tal posición, las cifras en la constitucionalización de la forma monárquica de gobierno parlamentario –artículo 1.3 CE– y en la atribución de la –por él llamada– Comandancia militar efectiva al gobierno, en el artículo 97 de nuestra Constitución.

Sorprende la utilización , tan prolijamente reiterada a lo largo de toda la obra del término Comandancia Militar y de su derivado Comando Militar. Ello supone –a nuestro juicio– un anglicanismo, que no responde ni a nuestra tradición histórica, ni a la terminología empleado en el propio texto constitucional vigente, en el que en ningún precepto se utiliza esta expresión. Así, en los artículos que abordan la cuestión o bien se habla de "mando supremo de las Fuerzas Armadas" –artículo 62.h)– o bien de "dirección de la Administración militar" –artículo 97–. Tampoco en el conjunto de las normas constitucionales reguladoras de la materia militar –la Ley Orgánica de criterios básicos de la Defensa Nacional de 1 de julio de 1980 reformada parcialmente por la Ley Orgánica de 5 de enero de 1984 y las leyes promulgadoras de las Reales Ordenanzas de las FAS de 1978 y de las RROO de cada uno de los tres Ejércitos– se emplea esta expresión, por lo que a pesar de estar consagrada doctrinal y constitucionalmente en otros países –fundamentalmente en los de influencia angloamericana– creemos que en nuestra doctrina, deben utilizarse otras más acordes tanto con nuestro pasado histórico, como con nuestra realidad de Derecho positivo.

El cuerpo de la obra comienza con una Sección –Sección II– dedicada al análisis de la cuestión objeto de exámen en las distintas legislaciones de Derecho Comparado. El autor inicia ésta, con un capítulo introductorio en el que expone el papel de la Corona en las distintas Monarquías parlamentarias, para a continuación realizar una clasificación de las mismas, en relaciones con la atribución de la Jefatura de las Fuerzas Armadas. Destaca entre todas la Monarquía belga, que tiene reconocida constitucionalmente la Jefatura efectiva de las FAS, tanto en lo que se refiere a la dirección técnica, como política de los Ejércitos–. A continuación, el autor realiza un detenido análisis y exámen de la posición del Monarca en el tema que le ocupa en los siguientes países: Luxemburgo –en donde el Rey ostenta la dirección política de los Ejércitos–, Gran Bretaña y Noruega –donde se consagra constitucionalmente su condición de Mando Supreo de las FAS, pero con caracter eminene y no efectivo– y por último en Dinamarca, Holanda, Suecia y Japón –países en los que la constitución no recoge facultades regias en relación con los Ejércitos, si bien el Monarca ostenta el más alto rango militar con carácter eminante–.

A juicio de Lafuente, la distinción que en Derecho Comparado se aprecia entre los países en los que el Rey ostenta el Mando sobre las FAS, como

un mero mando eminente, respecto de los que consideran un auténtico mando efectivo, está intimamente relacionada con la correspondiente conceptuación del acto y la firma regias, –en relación con cualquier decisión política–, como un refrendo debido a cualquier decisión gubernamental o como un acto regio que predomina sobre el refrendo ministerial.

La Sección III –pág. 105 a 269–, comprensiva de ocho capítulos, contiene un análisis particularizado de los textos constitucionales de nuestra historia política, comenzando por la Constitución de 1812, para terminar con una breve referencia a las leyes Fundamentales del Régimen de Franco. Cada uno de los capítulos se inicia con un apartado diferenciado, en el que se expone la síntesis histórica de la época, la cual constituye una referencia obligada, para la comprensión de la normativa jurídica. A continuación una vez situados en la realidad sociopolítica de cada etapa, el autor nos descubre la regulación constitucional de la Corona, en las distintas Normas fundamentales. El análisis jurídico-político de la posición del Rey en cada texto constitucional, es ampliamente tratado por cuanto que, antes de entrar en el exámen del tema central de su estudio –los poderes del Rey en relación con los Ejércitos–, el autor examina con carácter general y globalizador, la posición del Monarca, en relación con los distintos poderes y facultades regias, que le concede el correspondiente texto constitucional. Se alcanza, así después de la lectura de cada capítulo, una visión amplia, que situa perfectamente la problemática objeto de análisis, en el contexto histórico y jurídico-político de cada etapa.

La última Sección de la obra, Sección IV, –que comprende ciento treinta y siete páginas–, se dedica íntegramente a la vigente Constitución de 1978 y a su posterior desarrollo legislativo.

En ella, LAFUENTE después de una breve introducción, en el capítulo I, dedica a los capítulos II y III con carácter previo e introductorio, al análisis del Título II de la Constitución dedicado a "La Corona" y al exámen del artículo octavo, en el que se menciona la composición y misiones de las Fuerzas Armadas.

A pesar de ser nuestra historia política más reciente, quizás hubiera sido positivo y esclarecedor, iniciar la sección como se hace en los Capítulos precedentes, con un apartado autónomo dedicado a la Introducción histórica, que situe al lector ante la realidad de Derecho positivo que se va a abordar. Probablemente el autor, por reciente, la considera suficientemente conocida, lo cual –a nuestro juicio– no deja de ser una apreciación en cierto modo arriesgada, al tiempo que entendemos, que el análisis y valoración de los sucesos políticos más inmediatos, puede en ocasiones ser de mayor valor y trascendencia, que el que se pueda hacer de otros más lejanos en el tiempo.

En el Capítulo IV, se analizan las diferentes facultades en materia militar y de defensa, que constitucionalmente le corresponden a los poderes legislativo y ejecutivo, para desembocar en el Capítulo V, en el cual se realiza,

una delicada interpretación y exégesis del apartado h) del artículo 62 en el que se concede al Rey el Mando Supremo de las Fuerzas Armadas. En este importante capítulo, núcleo fundamental de toda la obra, el autor realiza un valioso despliegue doctrinal exponiendo con la necesaria claridad, sin mengua del rigor científico, las diferentes interpretaciones y glosas de que ha sido objeto este precepto, por parte de los más relevantes estudiosos y especialistas en el tema. Es especialmente meritoria, la labor de síntesis que realiza el autor, así como la indudable y a veces firme toma de partido que, con argumentaciones a favor o refutaciones, hace de cada una de estas posiciones doctrinales.

El análisis eminentemente valorativo que se hace de las tesis defendidas por los diferentes tratadistas del tema, es altamente enriquecedor y se agradece por parte del lector, por cuanto que supone la consagración de la polémica y confrontación doctrinal de las distintas opiniones, clave de toda obra científica. En este sentido, el autor no se conforma con exponer, con mayor o con menor acierto, un *"status quaestionis"* referido a la doctrina, sino que aporta su propio y peculiar punto de vista, con el que se podrá o no estar de acuerdo, pero que sin duda confiere a la obra un carácter y una personalidad propia e individualizada, con la que en estudios posteriores habrá de contarse, al abordar la cuestión que es objeto de debate. Puede pues afirmarse, que la monografía de Lafuente, habrá de ser tenida en cuenta como punto de referencia obligado, por todos quienes a partir de su publicación, pretendan realizar una nueva aportación científica, en la difícil –por controvertida– tarea investigadora, de determinar constitucionalmente la posición del Rey en relación con las Fuerzas Armadas.

La obra termina con un Apéndice –pág. 417 a 421– titulado "La actuación del Rey en la Rebelión Militar del 23 de febrero de 1981". En él, Lafuente después de manifestar su propósito de abordar la cuestión con carácter científico y no especulativo, dedica su análisis a la fundamentación jurídico-constitucional de la actuación real. Para ello, expone las dos posiciones doctrinales defendidas –pág. 418 a 421–, para terminar con una tesis conciliadora de ambas, según la cual "sólo la necesidad puede fundamentar una actuación aconstitucional de algún órgano constitucional, es decir, tan solo las circunstancias del secuestro, tanto del Gobierno –en cuanto que órgano atribuído de la función ejecutiva y de la Comandancia Militar efectiva– como de las Cortes Generales –en cuanto que órgano detentador de la representación del pueblo soberano– forzaban la necesidad de que el Rey actuase en defensa del ordenamiento constitucional, aun sin atender a los preceptos constitucionales que establecen el carácter eminente de sus facultades y la sujeción a refrendo de su ejercicio...".

2. RECENSION DE REVISTAS

"REVUE DE DROIT PENAL MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRA". XXVI-1-2-3 (1987).

La publicación parcial de los trabajos del X Congreso Internacional de la Asociación de Derecho Penal Militar y Derecho de Guerra (GARMISCH-PARTENKIRCHEN, 2 al 7 de octubre de 1985) integra el contenido fundamental de este número de la Revista, que se completa con las secciones tradicionales de Estudios, crónica de Revistas e Informaciones.

La primera parte de esta publicación está dedicada al tema "Derecho de la Guerra Marítima", correspondiente a la Comisión para la protección de la vida humana en los conflictos armados, dentro del citado X Congreso de Garmich-Partenkirchen.

El Dr. Elmer RAUCH LL.M. presenta una síntesis del RAPPORT, en el que destaca el estado caótico de la regulación de la guerra marítima, su marginación de los modernos procesos codificadores del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho del Mar, el resumen de los temas a debatir y la necesidad de convocar una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho aplicable en los conflictos armados en el mar.

El mismo autor expone, a continuación, el texto de discusión sobre el Derecho de la Guerra Marítima, indicando los precedentes del tema (inicialmente propuesto por el General JIMENEZ y JIMENEZ), el proceso de elaboración del RAPPORT, la polémica doctrinal con Henry MEYROWITZ y la omisión de algunos puntos importantes (entre ellos, el problema nuclear).

Seguidamente, se resumen las contestaciones a un extenso cuestionario, por parte de los grupos nacionales siguientes: Canadá, Suecia, Bélgica, miembro alemán del Comité, Países Bajos, Estados Unidos y el Consultor Jurídico de la Cruz Roja alemana. Cuidadosamente elaborado, el cuestionario planteaba las siguientes preguntas:

1. ¿Los buques militares de movimientos de liberación nacional pueden tener el estatuto de buques de guerra según el Derecho del Mar?.

2. ¿El uso del signo de las Naciones Unidas por buques de guerra beligerantes constituye un acto de perfidia o una regla de guerra lícita?.

3. ¿El régimen del "modo normal" que se aplica al paso en tránsito y al paso archipielágico tiene incidencia sobre el problema de la capacidad para hacerse a la mar y la capacidad de comabte de un submarino?.

4. ¿Las reglas relativas al mar territorial de las potencias neutrales se aplican al nuevo régimen de las aguas archipielágicas?.

5. ¿Los beligerantes pueden cometer actos de hostilidad en la zona económica exclusiva (ZEE) de 200 millas marinas de un Estado neutral amparándose en la libertad tradicional de conducir la guerra en alta mar o el régimen "sui generis" de la ZEE entraña una neutralidad también "sui generis"?.

6. ¿El régimen aplicable en tiempos de paz al paso en tránsito por los estrechos utilizados por la navegación internacional, comprendiendo el paso en inmersión y el sobrevuelo en el espacio aéreo suprayacente, supone para los buques de guerra o para las presas de los beligerantes el derecho al tránsito por los mares territoriales de los Estados neutrales que forman tales estrechos? ¿O bien los beligerantes violarían la neutralidad pasando por tal zona o los Estados neutrales ribereños del estrecho no respetarían sus obligaciones permitiendo este paso?.

7. ¿Se conocen, además de la Convención de MONTREUX de 1936 relativa al Bósforo y los Dardanelos, otros Tratados internacionales, vigentes desde fecha lejana, que excluyan la aplicación de las normas de paso? ¿Cuáles serían, si existen, sus repercusiones sobre las reglas de tránsito aplicables en tiempos de conflicto armado?.

8. ¿Si existen reglas aplicables en tiempo de conflicto armado internacional al paso de buques de los beligerantes por los estrechos, estas normas pueden ser aplicadas "mutatis mutandis" a las aguas archipiélagas utilizadas por la navegación internacional?.

9. ¿El nuevo régimen de la "zona" internacional más allá de los límites de la jurisdicción nacional, tiene consecuencias sobre el derecho de la guerra marítima en lo que respecta a los fondos marinos y las aguas y espacio aéreo suprayacente?.

10. ¿Pueden los beligerantes, en el ejercicio del derecho de autodefensa, recurrir en el mar territorial o aguas archipielágicas de un Estado neutral a actos de hostilidad contra buques enemigos que hagan uso ilegal de tales aguas, si el Estado neutral no quiere o no puede oponerse de manera eficaz a una violación de su neutralidad por las fuerzas de la parte adversa?.

11. ¿Ha modificado el Protocolo I las reglas relativas a la inmunidad de determinadas categorías de buques? Si es así ¿en qué medida?.

12. ¿La guerra marítima está afectada –en caso afirmativo, en qué medida– por las normas relativas a la protección de las aeronaves sanitarias?.

13. Cuáles son las consecuencias jurídicas, si existen, que las nuevas normas relativas a las acciones de socorro establecidas por el Protocolo I suponen para las reglas que afectan al bloqueo y al contrabando?.

14. ¿Cómo se debe interpretar el art. 49.3 del Protocolo I que dispone que: "Las disposiciones de la presente sección (arts. 48 a 67) se aplican a toda operación ... naval que pueda afectar, en tierra, a la población civil, a peronas civiles o a bienes de carácter civil?.

15. ¿Cómo se debe entender el art. 49.4 del Protocolo I, que establece

que las disposiciones de los arts. 48 a 67 complementan las normas relativas a la protección humanitaria incluídas en otros acuerdos internacionales, así como otras normas de derecho internacional (como el derecho consuetudinario) relativas a la protección de civiles y de bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades en tierra, en la mar y en el aire?.

16. ¿Si la pregunta anterior recibe una respuesta favorable, en todo o en parte, cuales serían las consecuencias sobre las normas relativas:

al bloqueo
al contrabando
a la guerra de minas
a la guerra submarina?

17. ¿Cuál es la "ratio legis" determinante de que la "conducción de operaciones militares en el mar" haya sido expresamente mencionada en el art. 57.4 del Protocolo I y cuales son las consecuencias?.

18. ¿El Protocolo I confirma las reglas del Tribunal de Nuremberg: si el comandante de un submarino no puede salvar a la tripulación, no debe destruir al buque mercante y debe permitirse pasar sin dificultades delante de su periscopio?.

19. Por lo que respecta a la guerra de minas en la mar:

- ¿Las disposiciones de la Convención nº VIII de La Haya de 1907, relativas a las minas de contacto, se aplican "mutatis mutandis" a las minas submarinas magnéticas y acústicas?.
- ¿Una mina o una barrera de minas puede ser considerada como una "instalación" militar en el sentido de los arts. 60 y 80 de la Convención sobre el derecho del mar?.

20. ¿El derecho de requisa en caso de urgencia de los buques mercantes neutrales o de otros bienes neutrales que se encuentren en el territorio nacional de un beligerante o en territorio ocupado por el mismo (derecho de angaria) está modificado por los arts. 54 y 70 del Protocolo I?.

Si es así, ¿en qué medida?.

21. ¿El Protocolo I ha modificado las normas sobre los servicio no neutrales, en particular los relativos a:

- la navegación por cuenta de un gobierno enemigo y
- la navegación en convoy enemigo?

Si es así, ¿en qué medida?.

22. ¿Cuáles son las consecuencias, si existen, del art. 35.3 del Protocolo I (ver también el art. 55) sobre el derecho de la guerra marítima, en particular por lo que se refiere a:

- la destrucción de submarinos a propulsión y/o con armamento nucleares.
- el torpedeamiento de superpetrolcros, y
- los ataques contra instalaciones petrolíferas en el mar?.

23. ¿Las nuevas reglas que prohiben las represalias en la conducción de las hostilidades tienen particular importancia en el contexto de la guerra marítima?

Si es así. ¿cuáles son las consecuencias?.

24. ¿Cuál es la opinión sobre la convocatoria de una conferencia sobre la reafirmación y desarrollo del derecho aplicable en los conflictos armados en el mar con objeto de tratar los problemas derivados del Protocolo I y de la Convención sobre el derecho del mar?

A continuación se publican las intervenciones de W.J. FENRICK (Canadá) John C.W. BENNETT (Estados Unidos de América), Walldemar A. SOLF (Estados Unidos de América), Dieter FLECK (República Federal de Alemania), M. BOTHE (República Federal de Alemania), Hans-Peter GASSER (Asesor Jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja), James R. MILES (Estados Unidos de América) y Mr. JAENICKE (República Federal de Alemania), finalizando con las palabras de clausura del Vicepresidente Dr. Elmar RAUCH.

Debemos resaltar la valiosísima aportación que significa el planteamiento y discusión de los temas propuestos en el cuestionario, para el estudio actual de los graves problemas que presenta la moderna guerra en la mar.

La Convención sobre las armas y el Protocolo sobre minas merece un detallado comentario del Teniente Coronel del Cuerpo Jurídico Militar del Reino Unido A.P.V. ROGERS, con una intervención final del Dr. M. Elmar RAUCH.

El Comité de Criminología Militar, también dentro de este X Congreso Internacional, estudió monográficamente el tema "La homosexualidad en las fuerzas armadas" en "REPPORT" de James STUART-SMITH (Judge Advocate General del Reino Unido), que recoge las respuestas de los diversos países (Austria, Bélgica, Brasil, Dinamarca, Francia, Israel, Italia, Holanda, Noruega, España, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos) sobre el cuestionario circulado por el profesor GILISSEN.

Siendo el tema central del Congreso los problemas jurídicos de las Fuerzas Armadas en una sociedad en cambio, se analiza –a través de las distintas aportaciones nacionales– la modificación de las actitudes oficiales respecto de la homosexualidad, que se define, y el tratamiento que –modernamente recibe– en el Derecho penal militar de los diversos países.

En el habitual apartado dedicado a los Estudios, se publica el original del Dr. P.K. MENON (Barbados) que lleva por título "Prevención de la carrera de armamento en el espacio exterior". Se trata de un extenso artículo, con abundante bibliografía y Apéndices documentales, que expone la cronología de la exploración del espacio marcada por la competición, el prestigio y, a veces, por la contienda y la propaganda. La llegada del hombre a la luna propició un desarrollo armamentístico, proyectándose como usos militares más destacados el desarrollo de las armas anti-satélites, los planes de sistemas defensivos de misiles anti-balísticos basados en los rayos laser, en partículas y satélites y las estaciones espaciales permanentes con objetivos militares.

El autor advierte de los peligros de una carrera de armamentos en el

espacio exterior, proponiendo un acuerdo para la completa desmilitarización de tal espacio, la luna y demás astros, de modo que se cierre la puerta a modernos ámbitos de aplicación de las armas, impidiendo que se abra un nuevo capítulo de la carrera de armamentos.

El segundo estudio es un trabajo de George S. PRUGH (Major General retirado de los Estados Unidos de América) sobre "El desarrollo del derecho de familia relativo a la familia de los militares en California, 1846-1890". El artículo expone las normas del Derecho de Familia aplicable a los militares de California en una época en la que el Derecho Civil yanqui, influenciado por el Derecho inglés, entró en colisión con los sistemas jurídicos de España, México y alguna aportación francesa. Aunque prevaleció el Derecho Civil estadounidense, se destaca el establecimiento del concepto de bienes gananciales que pervive en la actualidad.

"El concepto filosófico de la paz visto como un Derecho humano colectivo básico" es el título de un estudio del Dr. Franciszek PRZETACZNIK. (Estados Unidos de América). Después de fundamentar el derecho a la paz en el básico derecho del hombre a la vida y examinar el deber de los Estados de respetar los derechos individuales (que comprende la prohibición de las guerras de agresión), el autor expone la postura de los pensadores chinos, griegos, romanos, cristianos, medievales, renacentistas, pensadores del siglo de las luces y de la época contemporánea hasta llegar a los políticos actuales. Termina afirmando que la paz es el valor superior de la humanidad, si es justa y auténtica, cuyas condiciones se basan en el reconocimiento de los derechos humanos, en el desarme y la aceptación por los Estados de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia.

W. Van den BERG (Holanda) se pregunta "¿El fin militar justifica los medios?" en un interesante artículo donde examina la cuestión a la luz de la normativa del Derecho a la Guerra, particularmente en la prohibición de los ataques indiscriminados, en la definición de objetivo militar, necesidad militar y requisito de proporcionalidad contenidos en el Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra. También expone las dificultades que presenta en el Derecho penal militar holandés la aplicación de una causa de exculpación (actuar bajo obediencia debida) cuando se ejecutan órdenes de cometer un crimen de guerra, por lo menos hasta que las modificaciones normativas en curso admitan la posibilidad de exculpación de estas conductas por error.

El número se cierra con las secciones de Crónica de Revistas e Informaciones.

Jose Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO
Coronel Auditor

"REVUE DE DROIT PENAL MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE"
XXVI-4-1987.

Este número de la Revista de la Asociación Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra está dedicado también, como los anteriores, al Décimo Congreso Internacional celebrado en GARMISCH-PARTENKIRCHEN (República Federal de Alemania) del 2 al 7 de octubre de 1985, bajo el tema "Las Fuerzas Armadas en una sociedad en cambio. Algunos problemas jurídicos". Se trata, en efecto, de la publicación de los trabajos de la Comisión especializada en Historia del Derecho Penal Militar y la Comisión Asuntos Generales. El número se completa con las habituales secciones de Estudios, Jurisprudencia, Bibliografía, Recensión de Revistas e Informaciones.

La Comisión de Historia del Derecho Penal Militar abordó monográficamente, en el X Congreso de GARMISCH-PARTENKIRCHEN, el tema: "Las mujeres en las Fuerzas Armadas". Sobre esta materia se publican los trabajos del Dr. EKKEHART P. GUTH (República Federal de Alemania), que estudia la participación de la mujer en las Fuerzas Armadas alemanas en la Segunda Guerra Mundial ("Frauen in den Streitkräften die luftnachrichtenehelferinnen der Luftwaffe im zweiten weltkrieg"), de Christina ZACHRISSON que analiza el problema en la Constitución y en las Fuerzas Armadas de Suecia ("A time honoured for men changed into equality by a legitimate claim of democracy?"), de DRAPER (Gran bretaña) que expone una perspectiva histórica del estatuto de la mujer en las Fuerzas Armadas, desde la antigüedad hasta nuestros días ("The historical perspective of the status of Women in the Armed Forces") y de Claude ORS (Francia), que ofrece en su comunicación el desarrollo del proceso de integración de las mujeres en las Fuerzas Armadas francesas, bien como auxiliares femeninos (desde 1942) o como personal femenino, al principio encuadrado en Cuerpos especificamente femeninos y, hoy, integrado en los Cuerpo generales militares desde 1975, en igualdad total de condiciones respecto a los hombres ("Historique du service féminin").

Los estudios de la Comisión de Historia del Derecho Penal Militar se cierran con dos aportaciones españolas. Se trata, en primer lugar, de un breve pero interesante artículo del Teniente Auditor Fernando GARCIA-

MERCADAL que lleva por título "El Ejército español en el ocaso del Antiguo Régimen (1808-1823). Aspectos legislativos". El autor, después de presentar un acertado resumen de los principales rasgos característicos de los ejércitos españoles al iniciarse en Europa la agonía del antiguo Régimen, examina las vicisitudes de España desde 1910 hasta 1923 con especial atención a su incidencia sobre la estructura militar, analizando tres normas fundamentales: la Ley Constitutiva del Ejército de 1821, el Decreto Orgánico de la Armada (Ley de 27 de diciembre de 1821) y la reglamentación de la llamada Milicia Nacional.

Finalmente, el Comandante Auditor Pablo CASADO BURBANO, conocido publicista, escribe sobre "Le cadre légal de l'armée et la crise du principe de primauté du pouvoir civil dans l'Espagne de la "Restauración" (1875-1923). El articulista comienza situando la etapa de la Historia de España conocida bajo el nombre de "Restauración" y destacando sus características, entre las que figura la intención de garantizar la primacía del llamado poder civil sobre los militares, a pesar de lo cual la institución militar aumenta poco a poco su influencia hasta asumir abiertamente el poder en la Dictadura de 1923.

Estudia el autor, en excelente síntesis histórica, la naturaleza y misiones de las Fuerzas Armadas en la Ley Constitutiva del Ejército (1878) y en la Ley Adicional (1889), examinando –a continuación– los medios legales utilizados para hacer posible, desde el punto de vista jurídico, la creciente intervención de las Fuerzas Armadas. Es decir, la integración en el Ejército de las principales fuerzas de policía (caso de la Guardia Civil), la desmesurada extensión de la competencia de los Tribunales Militares (en los Códigos Penales y Procesales militares y en la llamada "Ley de Jurisdicciones" de 1906) y el abuso del recurso a la declaración del Estado de Guerra en el interior del país (Ley de Orden Público de 1870).

En el papel desempeñado por las Fuerzas Armadas durante la Restauración, es fundamental –para CASADO BURBANO– la figura del Rey soldado, asumiendo la dirección política del Ejército y el mando supremo militar, apoyado en las correspondientes disposiciones legales.

Finalmente, el autor expone el estatuto político de los militares en la etapa objeto de estudio, sus derechos electorales (Derecho de sufragio activo y pasivo), libertad de expresión (prohibición de acudir a la prensa o fundar y dirigir periódicos) y derechos de reunión o manifestación, asociación (Juntas Militares de Defensa) y sindicación (Unión de Clases de Tropa).

El artículo termina con una clarificadora síntesis de lo que la Restauración ha supuesto, en opinión del autor, en relación con la tentativa (fracasada) de subordinar los militares al poder civil, la configuración de un poder militar dotado de una influencia política progresiva, la autonomía de unas fuerzas armadas estrechamente unidas al Monarca y las características del estatuto

político de los militares que no aseguraba su neutralidad política, permitiendo todo ello la implantación de una dictadura militar en 1923.

La comisión de Asuntos Generales, dentro del X Congreso Internacional de GARMISCH-PARTENKIRCHEN, estudió monográficamente el tema "El mantenimiento del orden por las fuerzas armadas". La primera aportación es un "Rapport" del Brigadier R. BARRAS (Suiza) que lleva por título "La maintien de l'ordre por les forces armées". Se trata de una síntesis de las respuestas obtenidas de diez países, sobre una serie de cuestiones entre las que destacan: el concepto de "mantenimiento del orden por las fuerzas armadas" (que, ordinariamente, corresponde a la policía civil), la existencia de cuerpos militares dedicados al mantenimiento del orden, la organización, funciones (en tiempo de paz, en tiempos de crisis o guerra), relaciones con la política civil y medios de actuación de la policía militar (en territorio nacional, fuera de él, respecto a prisioneros de guerra y como colaboración internacional), otras fuerzas encargadas del mantenimiento del orden, el empleo del conjunto de las Fuerzas Armadas para el mantenimiento del orden, las limitaciones de los Derechos fundamentales del hombre en caso de guerra y las reglas de conducta, particularmente la Declaración europea sobre la policía adoptada el 8 de mayo de 1979 por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución 690).

También se publica un artículo de Peter ROWE, sobre los aspectos legales de la utilización del ejército para la conservación del orden en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ("Legal aspects of the use of the army in maintaining order")

La tradicional Sección de Estudios se inicia con el firmado por André G. De BUSSCHERE (Estados Unidos de América) titulado "El trato humano de la mujer en tiempo de conflicto armado". En este artículo se examina, en primer lugar, el papel que las mujeres han desempeñado en los conflictos armados a través de la historia, hasta que los Convenios III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977 les garantizaron sus derechos fundamentales. Al mismo tiempo se produce un movimiento internacional hacia la igualdad entre la mujeres y los hombres que culmina en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las mujeres. Como conclusión se pone de manifiesto que todas las personas deben de gozar de las mismas garantías de seguridad durante los conflictos armados.

Knud HEUER (República Federal de Alemania) escribe sobre "El principio del orden y obediencia y la utilización de armas nucleares", que lleva como subtítulo "¿cómo debe ser juzgado el comportamiento de los soldados del Ejército de la República Federal de Alemania que declaren públicamente que durante una guerra no ejecutarán la orden de utilizar armas nucleares en territorio alemán?". Se destaca que la orden de emplear armas nucleares no es siempre contraria al derecho de gentes, conforme al Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977. Por otra parte, la falta disci-

plinaria cometida por el militar al hacer esta declaración no es de tal gravedad que justifique la rescisión de su compromiso, aunque la Autoridad militar debe tener en cuenta la fiabilidad limitada de tales personas.

Por último, El Dr. Wolfgang STAUF publica un trabajo denominado "Una apreciación del Derecho Militar en la práctica, desde el punto de vista de un consejero jurídico y de un procurador disciplinario de las Fuerzas Armadas", donde hace un balance crítico del Estatuto Militar de la República Federal de Alemania, de la Institución del Wehrbeauftragte (Comisionado del Bundestag encargado de vigilar el respeto a los derechos de los soldados) y de las medidas disciplinarias judiciales.

La Sección de Jurisprudencia contiene una sentencia del Tribunal de Apelación de Caen de 7 de enero de 1987, en el caso de un militar que presta sus servicios en un Ministerio civil, supuesto de una infracción de derecho común cometida durante el servicio; afirmando la competencia de la jurisdicción especializada en materia militar.

El número finaliza con las habituales secciones de bibliografía, crónica de Revistas e informaciones, en las que figuran notas necrológicas "in memoriam" de Francis LE GALLAIS y Waldemar A. SOLF.

Jose Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO
Coronel Auditor

Recensión de la REVISTA GENERAL DE DERECHO, nº 517-518, 1987, págs. 5681-5781: "Sección de Derecho Penal Militar (Estudios Doctrinales)", dirigida por Antonio Millán Garrido.

Manuel HERNANDEZ-TEJERO y GARCIA
Capitán Auditor

El ejemplar de la REVISTA GENERAL DE DERECHO que es objeto de recensión tiene en su "Sección de Derecho Penal Militar" cuatro estudios doctrinales que revisten el mayor interés por la actualidad de los temas de que tratan, así como por la indicutible autoridad de quienes los han escrito.

Y así, encabezan estos estudios un trabajo del insigne Catedrático y maestro de maestros D. José María Rodríguez Devesa (q.e.p.d.), que en su quehacer docente supo impulsar y defender como ninguno el estudio e investigación del Derecho penal militar, tan injustamente preterido cuando no directamente atacado por determinados sectores de la doctrina penal española. El trabajo lleva por título "Algunas consideraciones sobre el Código Penal Militar español de 1985", y en él se exponen con el rigor y amenidad que caracteriza la obra del ilustre Profesor, una serie de cuestiones puntuales que despiertan en el estudioso del Derecho Penal Militar el interés por profundizar en el conocimiento del recentísimo Código Penal Militar de 1985.

De esta manera, se muestran las técnicas utilizadas en otros países para la promulgación del Código Penal Militar como Cuerpo legal dotado de sustantividad propia, sin perder de vista que una gran parte del Derecho penal militar mundial integra, junto a las leyes penales, las orgánicas y procesales penales militares. Exponiéndose a tal fin los datos y conclusiones fruto de la documentación aportada en el VIII Congreso de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre (Ankara, 11-15 de octubre de 1979), con el tema "Evolución actual de la justicia militar", poniéndose en él de manifiesto que las diversas técnicas penales no conllevan sin más una ampliación o restrición de la jurisdicción militar.

Después examina el Profesor Rodríguez Devesa los antecedentes del Código Penal Militar de 1985, para detenerse posteriormente en su parte general y en la parte especial.

Por lo que hace a los antecedentes inmediatos, se expone un conciso

resumen de los sucesivos Proyectos y las enmiendas que los distintos grupos parlamentarios presentaron a estos, pasando a continuación a ocuparse de la Parte general del Código, a través de su estructura: principios que lo informan, fuentes –con especial detenimiento en la problemática de los Bandos militares– ámbito espacial y temporal de esta Ley, etc.

También se examina la cuestión relativa al Delito militar: definición que da el Código Penal Militar, elementos accidentales del delito, grados en la ejecución del mismo, etc.

Y por lo que respecta a las penas, se destaca la simplificación de las mismas, así como sus efectos y las reglas para su aplicación, caracterizadas *por el amplio arbitrio judicial.*

Viene a continuación un extenso comentario acerca de la Parte especial del Código Penal Militar, con atinadas precisiones acerca de dos notas características a destacar, a saber: la de que los delitos culposos no se castigan sino cuando estén expresamente previstos en la Ley, y la de la exclusión del Derecho disciplinario militar.

Por último se recogen, como colofón, una serie de conclusiones que resumen la visión del autor acerca del texto legislativo sometido a examen.

El segundo de los estudios doctrinales lleva por título "La reforma del régimen penitenciario militar", y es su autor el Teniente Coronel Auditor D. Antonio Esquivias López-Cuervo. Este trabajo aparece dividido en siete capítulos, y en él se lleva a cabo un riguroso y exhaustivo examen de toda la problemática que rodea al Derecho penitenciario militar, definido por el autor como "el conjunto de normas jurídicas que regulan la aplicación, así como la ejecución, de las penas privativas de libertad impuestas a militares y que éstos han de cumplir en establecimientos penitenciarios militares".

Las principales conclusiones a que llega el autor en este estudio son que el Derecho penitenciario tiende a consolidarse como ciencia jurídica autónoma y sobre la que actualmente convergen normas del Derecho penal, normas del Derecho administrativo y normas del Derecho procesal.

Que la legislación penitenciaria común y militar han seguido a lo largo de la historia vicisitudes comunes, confundiéndose a veces cuando los reclusos cumplían sus condenas en galeras o presidios-arsenales de carácter fundamentalmente militar situación que perdura hasta el siglo XIX, en que se produce la separación entre presidios civiles y militares.

Que el actual Derecho penitenciario español se construye sobre los principios de reeducación y reinserción social de los sentenciados, siendo la finalidad de la pena o sanción penal retributiva, de prevención general y especial.

Que la legislación penitenciaria militar contiene números y profundas diferencias en cuanto al tratamiento de los internos comparada con la legislación penitenciaria común.

Y que, por último, resulta de imperiosa necesidad –afirma el autor– la promulgación de un nuevo Reglamento Penitenciario Militar que se acomo-

de a la Constitución y se inspire en los principios de la Ley General Penitenciaria, para su aplicación a los internos en establecimientos penitenciarios militares.

El tercer estudio se debe al Coronel Auditor D. José Rojas Caro, quien bajo el título "El fuero procesal de los miembros de la Guardia Civil" hace una serie de precisiones acerca al tan debatido tema de si los miembros de la Guardia Civil poseen consideración civil o militar a los efectos de fuero procesal, habida cuenta de la estructura orgánica y funcional del Benemérito Instituto.

Las conclusiones a que lleva el autor, tras una muy documentada e interesante exposición, son las siguientes:

La Guardia Civil no aparece integrada en las Fuerzas Armadas, pero ello no es obstáculo para afirmar que los miembros de la Guardia Civil son militares, por disposición terminante de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, consideración legal ésta que responde con fidelidad a lo que ha sido una constante histórica: todas las leyes históricas –incluído el Código castrense de 1945– consideraron militares a los miembros de la Guardia Civil a los efectos de fuero.

De igual manera, los delitos cometidos por miembros de la Guardia Civil quedan sometidos excepcionalmente a la jurisdicción militar sólo en el caso de que se trate de un delito militar, esto es, comprendido en el Código Penal Militar. Si cometen una infracción común quedarán sometidos a la jurisdicción ordinaria, variando la competencia según que lo cometieran en el ejercicio de sus funciones o fuera de ellas. Los delitos cometidos contra miembros de la Guardia Civil quedan sometidos a la jurisdicción ordinaria, gozando de la protección penal reforzada, que señala el artículo 8 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El cuarto y último de los estudios doctrinales que se reseñan lleva por título "El asilo naval" (Consideraciones sobre el eventual ejercicio de una modalidad límite de la institución de asilo a propósito de la normativa española en la materia), y es su autor el Capitán Auditor D. José Manuel Ramírez Sineiro.

Después de referirse al concepto, fundamento y requisitos de la institución, recoge sus efectos jurídicos y distingue entre el asilo naval a bordo de un buque de guerra o asimilado, y el asilo naval a bordo de un buque mercante.

Las conclusiones obtenidas por el autor puede resumirse en una serie de consideraciones particulares acerca del asilo naval en la reciente normativa española en la materia, que el propio autor expone al final de su brillante trabajo:

El asilo naval carece de regulación coherente y adecuado encaje legal y reglamentario, al omitirse toda referencia a dicha particular modalidad de la institución tanto en la Ley 5/1984, de 25 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, como en el Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, aprobatorio de su Reglamento, sin otro tratamiento dispo-

sitivo específico que aquél establecido, expresa o implícitamente por los artículos 123 y 273 de las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por el Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo.

Y a sí, considera el autor injustificable que el Real Decreto citado en primer lugar, cronológicamente posterior en casi diez meses al segundo, no mencione esta peculiar modalidad de asilo. Lo que significa que el legislador asimila sin excepciones el asilo naval al asilo territorial, olvidando al propio tiempo las elementales peculiaridades administrativas, imprescindibles para la adecuada práctica de la institución a bordo de un buque de guerra.

3. MISCELANEA

CURSO DE DERECHO MILITAR EN LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

Organizado por al Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y en la sede de dicha institución, tuvo lugar un ciclo de conferencias, seguidas de coloquio, sobre la reforma de la Justicia Militar.

El desarrollo de curso, al que asistieron numerosas personas relacionadas con el mundo del derecho, fué el siguiente:

Organización Judicial Militar en la Reforma Proyectada, por el Excmo. Sr. Profesor Dr. José Luis Fernández Flores.

El Nuevo Código Penal Militar, por el Excmo. Sr. D. Ignacio Díaz de Aguilar y Elizaga.

El Procedimiento Judicial Militar en la Futura Reforma, por el Excmo. Sr. D. Luis Tejada González.

Relaciones de la Justicia Militar con otras Jurisdicciones, por el Ilmo. Sr. Dr. Nicolás González-Deleito y Domingo.

MESA REDONDA INTERNACIONAL DE EXPERTOS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, APLICABLE EN LOS CONFLICTOS ARMADOS EN EL MAR. MADRID, 26 AL 29 DE SEPTIEMBRE DE 1988

I. PRESENTACION

Convocada por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo (Italia) y organizada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, se celebró en Madrid durante tres días (26, 27 y 28 de septiembre de 1988) una Mesa Redonda Internacional de Expertos, en la que participaron cuarenta y cuatro especialistas pertenencientes a veinte países, para estudiar un tema importante y actual: el Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados en el mar.

Actuaron como Moderadores de la Mesa Redonda, dirigiendo los debates con gran experiencia internacional y altura científica, los Profesores Jovica PATRNOGIC, Presidente del Instituto Internacional de Derecho Huma-

nitario de San Remo (Italia) y Jose Luis FERNANDEZ FLORES, Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, Magistrado del Tribunal Supremo, General Consejero Togado y Catedrático de Derecho internacional.

La coordinación de la Mesa fue llevada de forma impecable por Ugo GENESIO, Secretario General del Instituto de Derecho Humanitario de San Remo y Magistrado, y por Manuel ANTON AYLLON, Secretario del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

Participación como expertos, Profesores Universitarios, Auditores de las Fuerzas Armadas, Diplomáticos, Magistrados, Marinos de Guerra, Funcionarios e Investigadores pertenencientes a los siguientes países: República Federal de Alemania, Argelia, Argentina, Canadá, España, Francia, Grecia, Inglaterra, Israel, Italia, Japón, Holanda, Noruega, Polonia, Suecia, Suiza, Estados Unidos, U.R.S.S. y Yugoslavia. También asistieron representantes del Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.).

II. Problematica actual del derecho de la guerra maritima

La necesidad de estudiar la problemática actual del Derecho de la Guerra Marítima fue planteada ya en 1983 por el grupo español (JIMENEZ y JIMENEZ) en la reunión de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra y tratada en el X Congreso Internacional de dicha Sociedad celebrado en GARMISCH-PARTENKIRCHEN (República Federal de Alemania) del 2 al 7 de octubre de 1985.

A partir de entonces, nace el interés doctrinal, sobre materia, que parecía olvidada y aún marginada –como veremos– de los grandes procesos de codificación internacional.

Así aparecen los primeros trabajos monográficos y se convocan reuniones nacionales ("Coloquio sobre el derecho del mar, el derecho de la guerra y el derecho humanitario", celebrada en BREST los días 15 y 16 de octubre de 1987, a iniciativa del Instituto Francés de Derecho Humanitario y de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad de Brest) e internacionales como el citado Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra (1985) y la presente Mesa Redonda de expertos organizada por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario y por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. En esta misma línea, ya la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja instaba a los Gobiernos para actualizar los textos pertinentes del Derecho Internacional Humanitario relativo a la guerra en el mar.

Por otra parte, el estado de la regulación jurídica de la guerra marítima (Derecho de la guerra naval en sentido estricto o reglas internacionales, sobre el uso de la fuerza en los conflictos armados en el mar), siempre fragmentario, pues no existe una reglamentación general, pudo ser califica-

do por KUNZ como caótico en 1961, abundando en esta calificación –más recientemente– C. ROUSSEAU, J.L. DE AZCARRAGA y E. RAUCH. Para éste último autor, la Declaración de París de 1856, los seis Convenios de la Haya (VI, VII, VIII, IX, XI, XIII) de 1907 y la Declaración Naval de Londres de 1909 codifican reglas consuetudinarias propias de la época de la navegación a vela, obsoletas ante los nuevos medios y métodos de guerra, que fueron desconocidas por la guerra marítima total en las dos contiendas mundiales. La única excepción es el intento de restringir la guerra submarina por el Protocolo de Londres de 1936. Es bien conocido el escaso desarrollo del Derecho de la Haya (Derecho de la guerra en sentido estricto o regulación del uso de la fuerza en los conflictos armados) a partir de la prohibición de la guerra (Tratado de París de 27 de agosto de 1928 y artículo 2, párrafos 3 y 4 de la Carta de las Naciones Unidas), frente a la posición más realista del Comité Internacional de la Cruz Roja dirigido a la protección de las víctimas de la guerra). Sin embargo, aun superada esta dicotomía (NAHLIK), los más modernos textos del Derecho internacional humanitario (artículo 49.3 del Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977) o promovidos por las Naciones Unidas para prohibir o restringir el empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (artículo 1 del Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, de 10 de octubre de 1980) excluyen o dejan sin regular el desarrollo de los conflictos armados en el mar.

Muy particularmente, el Derecho de la Guerra Marítima ha sido expresamente marginado de dos grandes procesos codificadores internacionales que –sin duda– le afectan y que han culminado con la aprobación –el 10 de junio de 1977– de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 (Derecho Internacional Humanitario) y con la adopción –el 10 de diciembre de 1982– de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En el primer caso (Protocolos de 1977) la Conferencia Diplomática (1974-1977) rehusó explícitamente tratar de temas del Derecho de la Guerra Marítima (H.P. GASSER, SOLF, BENNET, MILLES), pues los Delegados reconocieron de forma unánime que no era fácil ni deseable intentar el estudio y revisión del derecho aplicable a los conflictos armados en el mar (ARRASSEN). En segundo lugar, es evidente que la tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar trataba únicamente de elaborar las reglas jurídicas aplicables a los espacios marítimos en tiempo de paz (E. RAUCH), por lo que la Convención de las N.U. sobre el Derecho del Mar de 1982 no reglamentó los derechos y obligaciones de los Estados en tiempo de conflicto armado (JAENICKE), declarando en su artículo 88 la utilización exclusiva de la alta mar con fines pacíficos.

Ahora bien, al estudiar la necesidad de poner fin al estado caótico actual del Derecho de la Guerra Marítima hemos visto las dificultades que ofrece el exámen de esta materia a la luz de los principios del Derecho Internacio-

nal Humanitario y del moderno Derecho del Mar, pues desgraciadamente –como dice E. RAUCH– el Derecho de la Guerra Marítima no se ha modificado más que de una forma involuntaria por el Protocolo I de 1977 y de manera indirecta (algunas reglas afectan a la conducción de operaciones de guerra en la mar) por la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1982, al encontrarse marginado de estos dos procesos condificadores internacionales. Este mismo autor recuerda el acuerdo alcanzado, en el seno de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por las dos superpotencias para convocar una conferencia internacional sobre el Derecho de la Guerra Marítima, que tendría lugar alrededor de diez años despues de la adopción de la nueva Convención sobre el Derecho del Mar. Sin embargo, las dificultades que atraviesan para su ratificación por los Estados que integran la Comunidad internacional, tanto los Protocolos Adicionales de Ginebra de 1977 como la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1982 y la incertidumbre sobre su efectiva aplicación, ha hecho concluir a la doctrina (BENNETT, GASSER) que es poco razonable y prematuro el intento de revisar el Derecho de la Guerra Marítima a través de la convocatoria de una Conferencia Diplomática sobre el Derecho aplicable a los conflictos armados en el mar. Estamos lejos aún del deseo de E. RAUCH, quien concluye afirmando que las secuelas de la Conferencia Diplomática de Derecho Humanitario, (Ginebra 1974-1977) y de la Tercera Conferencia de la ONU, sobre el Derecho del Mar (1982), imponen la convocatoria de una nueva conferencia de codificación bajo la forma de una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho aplicable en los conflictos armados en la mar.

Desgraciadamente, los problemas sin resolver están sobre la mesa y corresponde, esta vez a nivel de expertos, pronunciarse sobre las posibles soluciones, superando las dificultades expuestas y sin perder de vista que no podemos considerar aisladamente (en compartimentos estancos) la regulación establecida por la nueva Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 o los principios del moderno Derecho Internacional Humanitario derivados de los Protocolos Adicionales de 1977, sin desconocer el principio básico de la unidad del ordenamiento jurídico internacional (M. JAENICKE).

III. Desarrollo de la mesa redonda

La organización de la Mesa Redonda había previsto la exposición de tres PONENCIAS, cuyo texto se entregó a los participantes, seguidas de un debate general sobre el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados en el mar, para obtener –finalmente– como conclusión de la reunión de expertos un Plan de acción para futuros trabajos de los especialistas e instituciones convocados.

La PRIMERA PONENCIA tenía por título "DERECHO DE LA GUERRA EN EL MAR HOY: CONTENIDO, RESTRICCIONES, LA-

GUNAS" y fue desarrollada por el Profesor Konstantin OBRADOVIC de Yugoslavia, Profesor Tadashi TANAKA de Japón, Doctor Ove BRING de Suecia, Coronel-Profesor Teofil LASKO de Polonia, Profesor Manuel PEREZ GONZALEZ de España, Profesor Dieter FLECK de la República Federal de Alemania, Coronel W.J. FENRICK de Canadá, Capitán J. LANGDON del Reino Unido y Dña Luise DOSWALD-BECK del Comité Internacional de la Cruz Roja.

La primera intervención correspondió a la exposición del RAPPORT de Suecia, dividido en dos partes. Inicialmente Ove BRING desarrolló el tema general de la Primera Ponencia, destacando la prohibición del uso de la fuerza por la Carta de las Naciones Unidas, el concepto de autodefensa, las lagunas de la normativa sobre la guerra naval, las restricciones que suponen las "zonas de guerra" o "zonas de exclusión total" (práctica de dudosa legalidad que afecta a los derechos de los neutrales) y su limitación a un número máximo de millas (frente a esta postura propone los criterios de uso razonable y proporcionalidad), la regulación de las armas de largo alcance para aumentar su seguridad (mejor identificación del banco), la guerra de minas en el mar y la protección del medio ambiente marítimo. Como ANEXO acompaña un interesante PROYECTO DE PROTOCOLO SOBRE PROHIBICIONES O LIMITACIONES PARA LA UTILIZACION DE MINAS NAVALES.

La segunda parte fue expuesta por el Comandante Carl Gustav DYBECK, quien examinó las disposiciones suecas para la aplicación del Derecho Internacional en los conflictos en la mar, poniendo de manifiesto la formación de las Fuerzas Armadas de Suecia en Derecho Humanitario, la existencia de Asesores legales y las tareas de difusión a través de Cursos sobre Leyes de la Guerra que tienen lugar en este país.

A continuación intervino el Profesor Teofil LASKO de Polonia, que se refirió a las fuentes del Derecho de la Guerra Naval (Derecho convencional y consuetudinario) y sus lagunas, las operaciones navales en alta mar y la libertad de navegación de la navegación neutral, el bloqueo naval, el bombardeo en alta mar, las zonas de exclusión y el antiguo Derecho de la Guerra naval, proponiendo la regulación prioritaria de las zonas de exclusión, guerra de misiles y represalias en la mar.

Particularmente destacada fue la exposición de su Ponencia por el Profesor PEREZ GONZALEZ, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Su aportación se centró en el planteamiento de los problemas que presenta el nuevo Derecho del Mar en relación con los conflictos armados internacionales. La ponencia se inicia con unas extensas "Cuestiones Generales" en las que se destaca la necesidad de salvaguardar al máximo, en tiempo de conflicto armado, ciertos principios del Derecho del Mar de tipo tradicional (libertad de navegación en alta mar) o innovadores (utilización pacífica de los espacios marítimos). El Profesor español estudia también la prohibición general del recurso a la fuerza en las relacio-

nes internacionales, la legítima defensa en los conflictos armados en el mar, la vigencia de la distinción entre objetivos permitidos y prohibidos, entre combatientes y población civil (rechazando los ataques navales indiscriminados), la cuestión de los medios –lícitos e ilícitos– de combate (desarme, armas nucleares), la posibilidad de los Estados de sustraer de los procedimientos obligatorios de arreglo de controversias (previstos en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar) las relativas a actividades militares, la regulación de las operaciones militares de las Naciones Unidas a través de fuerzas navales y la necesidad de prevenir los conflictos o reducir sus riesgos, evitando acciones generadoras de tensión como el despliegue de fuerzas aeronavales en áreas marítimas próximas a espacios jurisdiccionales de otro Estado con fines intimidatorios.

La segunda parte de la Ponencia se refiere a "Algunas cuestiones específicas" como la definición del buque de guerra, su inmunidad, su acceso a la Zona Económica Exclusiva de otros países y el cumplimiento de las normas sobre protección del medio ambiente marino, conflicto entre Iran e Irak ("guerra del Golfo") en relación con la protección del medio marino, navegación y realización de operaciones navales en los distintos espacios marítimos, navegación de los buques de guerra (paso inocente, realización de maniobras navales en una Z.E.E. extranjera y prohibición de pruebas nucleares en alta mar), determinación de la "región de la guerra" en relación con los nuevos espacios marítimos (Zona Económica Exclusiva, aguas archipielágicas y Zona de fondos marinos y oceánicos y su subsuelo), regulación del paso por los estrechos utilizados por la navegación internacional (tanto en tiempo de paz como de guerra: navegación en inmersión de los submarinos y libre sobrevuelo de las "aeronaves del Estado", incluídas las militares, reglamentación del paso por los Estados neutrales ribereños del estrecho, cierre de sus aguas a la navegación neutral en tiempo de guerra o utilización del estrecho como teatro de la guerra), acciones de los beligerantes contra los Estados ajenos al conflicto, establecimiento de "zonas de exclusión" (de dudosa legalidad para el ponente), medidas de protección de los terceros Estados (convoyes de escolta o retirada de minas) y, finalmente, utilización de minas en caso de conflicto armado. En definitiva, esta excelente aportación del Profesor PEREZ GONZALEZ completa el exámen del Derecho Internacional Humanitario con la incidencia que tiene en la Guerra Naval la nueva regulación de un Derecho del Mar emergente, en cuya materia el Ponente es destacado especialista.

Por parte de Yugoslavia intervino el profesor Konstantin OBRADOVIC, quien estudió el desarrollo de la práctica internacional en relación con la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en la mar, a través de algunas de sus manifestaciones más significativas, para concluir que los últimos conflictos no han hecho nacer reglas consuetudinarias en la materia. A continuación, se abordan algunas "cuestiones específicas" especialmente problemáticas como el propósito de restringir el teatro de la guerra marítima

en la alta mar (zonas de seguridad y exclusión, salvaguarda de la libertad de navegación), las reglas de la neutralidad marítima, los medios y métodos de combate, la reglamentación de los submarinos de propulsión nuclear, la contaminación del medio marino y las fuentes de la responsabilidad internacional.

El Capitán de la Royal Navy J.B.R.L. LANGDON (Reino Unido) aludió a la experiencia reciente de dos conflictos navales: la Guerra de las Falklands (Islas Malvinas) y el conflicto Irán-Irak. El estatuto legal de las hostilidades navales presenta hoy, para el Ponente, numerosas zonas grises como la realización de actos de beligerancia sin declaración de guerra, la institución de la autodefensa, bloqueo, contrabando o definición del agresor. En la actualidad las zonas de exclusión, de dudosa legalidad, sustituyen al antiguo bloqueo naval, si bien considera razonable su implantación en lugares alejados de las principales vías marítimas. Se refiere también a la "Red Cross Box" o zona marítima sanitaria de la Cruz Roja, a los medios de identificación de los transportes marítimos sanitarios y a sus comunicaciones, planteando su relación con las flotas de guerra en una acción naval.

La Ponencia del Doctor FLECK (Director de Asuntos legales internacionales del Ministerio Federal de Defensa de la República Federal de Alemania) fué defendida, ante la ausencia del profesor, por los participantes de su misma nacionalidad Horts FISCHER y Wolff von HEINEGG. Teniendo en cuenta que las nuevas reglas del I Protocolo Adicional de Ginebra de 1977 no tienen aplicación a operaciones de combate entre fuerzas navales y aéreas, ni tampoco a ataques desde tierra contra barcos o aviones, se propone la realización de un estudio completo del derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar, para reforzar la validez de las reglas legales vigentes y dar solución a los nuevos problemas. A continuación, se examinan los "límites de la prohibición sobre el uso de la fuerza" (definición de agresión, casos en lo que es admisible el uso de la fuerza, bases legales de la autodefensa y reglas de compromiso para el mando naval relativas a la reacción adecuada y proporcionada ante intenciones hostiles o un primer ataque) y se intenta una descripción objetiva del estado actual de las normas que gobiernan la guerra naval ("Para un inventario de las Leyes Internacionales de Guerra Naval"), al tiempo que se indican cinco aéreas cuya codificación parece al Ponente importante, factible y valiosa. Son estas: a) La Guerra de Minas, b) Las restricciones Zonales para la protección de la navegación civil (Zonas de exclusión), c) El salvamento marítimo y su protección, d) transporte sanitario y e) La limitación de daños al medio ambiente, en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Concluye afirmando que las cuestiones legales sobre el uso militar del mar revelan claramente la influencia de consideraciones políticas y militares, si bien el esfuerzo por resolver estos problemas legales merece la pena –no solo por su interés científico –sino como un servicio a las fuerzas en el ámbito de una colaboración internacional intensificada.

El coronel William FENRICK, conocido experto en la materia, expone

la Ponencia denominada "El Derecho de la Guerra en el Mar, hoy: perspectiva del Canadá". El Ponente, Director de Normas Internacionales del Departamento de Defensa de su país, examina la vinculación de Canadá a las diversas normas del Derecho de la Guerra Naval, del Derecho del Mar y del Derecho Internacional Humanitario, la práctica de los Estados en las modernas guerras marítimas, el estado actual de las normas y las sugerencias útiles para su desarrollo. A continuación selecciona tres cuestiones especialmente importantes: la relación del concepto legal de la guerra con el ejercicio de los derechos de los beligerantes (concluyendo que la Carta de las Naciones Unidas no constituyen una barrera infranqueable que prohiba la invocación de los derechos de los beligerantes contra los no participantes en un conflicto armado internacional), los aspectos legales de la determinación de objetivos de ataque permisibles en la guerra marítima (particularmente las circunstancias en que puede ser atacada un buque mercante y las normas de proporcionalidad derivadas del Protocolo I de 1977) y el concepto de "Lex Specialis" para guerra limitadas (Código de leyes exclusivamente aplicables a conflictos limitados, problemas de legítima defensa y estudio de cinco conflictos: Corea, Arabe-Israelí, Vietnam, Islas Malvinas e Irán-Irak), llegando a establecer que no se puede hablar de la existencia de un Derecho de la Guerra en el Mar relativo a los conflictos limitados y es difícil determinar el contenido del derecho consuetudinario en la materia. Por ello, se concluye, es necesario el desarrollo y codificación del Derecho de la Guerra en el Mar en un tratado multilateral global que facilitaría el asesoramiento de los mandos navales y regularía los conflictos prolongados en un marco legal claramente articulado.

El Profesor Tadashi TANAKA, Profesor de la Universidad Daito Bunka de Japón, comienza su intervención con una introducción sobre la singular postura de su país sobre el Derecho de la Guerra, incluyendo el Derecho de la Guerra en el Mar, derivada de las vicisitudes históricas de Japón, antes y después de su derrota en la Segunda Guerra Mundial. Después de un período de aceptación y observancia del Derecho del Mar, sucede una etapa de violación del Derecho de la Guerra y se llega, finalmente, al pacifismo establecido en la Constitución vigente de 1947. A continuación se produce, según el autor, una etapa de degeneración del pacifismo hasta alcanzar la postura actual del Japón con respecto al Derecho de la Guerra y a la neutralidad, considerando inconstitucional la existencia de las Fuerzas de Autodefensa. Seguidamente se estudian ciertos casos en los que Japón debió aplicar normas del Derecho de la Guerra o defender su neutralidad en la mar, concluyendo que el dilema con que tiene que enfrentarse su país es la existencia del artículo 9 de su Constitución (renuncia a la guerra y al mantenimiento de fuerzas de tierra, mar y aire) y la probabilidad de verse envuelto en una situación que exija la aplicación del Derecho de la Guerra y de la neutralidad para evitar la expansión del conflicto.

Louise DOSWALD-BECK interviene para poner de manifiesto la pers-

pectiva del Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) en relación con el Derecho Internacional Humanitario en el mar, recordando el principio esencial del derecho humanitario: las partes en conflicto no tienen un derecho ilimitado de elección de métodos y medios de guerra.

Principio que tuvo su aplicación en el Derecho de la Guerra Naval tradicional, a través de sus prohibiciones clásicas y de las reglas para atacar al comercio enemigo por mar. Se intentaba así un equilibrio entre los intereses militares y humanitarios, apropiado a los medios técnicos que entonces se utilizaban para la guerra. Hoy, al no existir una moderna codificación de las reglas, se trata de establecer –a través de comisiones de expertos– el desarrollo de las prácticas normativas de los Estados en relación con las nuevas tecnologías. Considera que son áreas de interés, desde el punto de vista del Derecho humanitario, las siguientes: La aplicabilidad del derecho de la guerra en el mar (particularmente en las llamadas "operaciones de baja intensidad"), el mantenimiento de la distinción entre personas civiles y objetivos militares (definición de objetivos militares en el Protocolo I Ginebra de 1977, consideración de los buques mercantes, mejora de los medios de identificación de los objetivos en la guerra aeronaval), utilización de medios en la Guerra Naval (minas, misiles, torpedos y zonas de exclusión, que pueden tener una eficacia positiva para evitar la navegación de naves inocentes por zonas militarmente peligrosas), la ejecución del derecho (que prohibe la perfidia y expresa sus dudas sobre algunos ardides de guerra tradicionalmente admitidos en la guerra marítima) y el derecho sobre la protección de las víctimas (métodos de identificación o el establecimiento de la Red Cross Box). Concluye afirmando que es prematura la convocatoria de una Conferencia Internacional sobre el Derecho de la Guerra Naval y que debe avanzarse mediante la discusión práctica –a nivel de expertos– sobre las normas humanitarias que regulan los conflictos armados en el mar.

Finalizadas las intervenciones de los Ponentes, hicieron uso de la palabra numerosos participantes en la mesa Redonda en relación con el tema "El Derecho de la Guerra en el Mar hoy: Contenido, Restricciones, Lagunas".

El primer participante fué el Profesor Natalino RONZITTI (Italia) quien, en una brillante y documentada intervención, destacó la necesidad de identificar el "cuerpo de derecho" que se debe modificar y se preguntó por el órgano que debe asumir la tarea de modernizar las Leyes de la Guerra Naval, mediante la convocatoria de una conferencia internacional sobre la materia. A continuación, abordó el problema de la influencia que deben tener las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (condena del uso de la fuerza y legítima defensa) sobre las operaciones navales, el impacto de la codificación del Derecho del Mar y del Protocolo I de Ginebra de 1977 sobre el Derecho de la Guerra Naval, los aspectos de protección del medio ambiente marítimo, las represalias (como fundamento de las zonas de guerra o de exclusión), los derechos de los paises que no tienen litoral y la colocación de minas en el mar.

El profesor Yoram DINSTEIN, de la Universidad de TEL AVIV (Israel) comenzó su participación analizando los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas sobre la prohibición del uso de la fuerza y legítima defensa, los usos pacíficos de la alta mar y la necesidad de regular la guerra en el mar ("las grandes potencias no están interesadas en reglamentar la Guerra Marítima"). Afirmó que las Zonas de exclusión no forman parte del Derecho consuetudinario, expresando la conveniencia de establecer pasajes o pistas de seguridad para la navegación neutral. Rechazó como no razonable la propuesta de una zona de exclusión de doscientas millas, en la guerra submarina se pronunció sobre la vigencia actual del Protocolo de Londres de 1936 y de las reglas del Tribunal de Nuremberg (el buque mercante, no escoltado ni armado, no es un objetivo militar) y en la guerra de minas consideró adecuada la VIII Convención de La Haya de 1907, que se debe actualizar. Finalmente, se preguntó si el C.I.C.R. va a ser el organismo responsable de los estudios para la codificación del Derecho de la Guerra en el Mar, exponiendo las dificultades actuales para la convocatoria de una Conferencia Diplomática como la C.D.I.H. (1974-1977), que preparó los Protocolos I y II de Ginebra de 1977.

Las aportaciones a la Primera Ponencia se cerraron con una larga intervención del Profesor Mustapha MEHEDI (Universidad de Oran, Argelia) quien define la guerra marítima y sus fuentes, examinando –a continuación– en su Ponencia el Teatro de la Guerra en el mar y la prohibición de determinados medios de guerra. Entre éstos estudia, sucesivamente, los problemas que presentan los bombardeos por Fuerzas Navales, el empleo de las minas, los cables submarinos en tiempo de guerra, las acciones de los submarinos, las fuerzas navales beligerantes, la transformación de los buques mercantes en buques de guerra, el bloqueo naval, el contrabando de guerra, la presa marítima, el régimen de los prisioneros de guerra, heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas, la neutralidad y los Protocolos Adicionales de 1977 en relación con la guerra marítima, concluyendo que existe una nueva norma del Derecho Internacional contemporáneo que reconoce el derecho de cada Estado a prestar asistencia a las víctimas de la agresión, debiendo habituarse las naciones a un nuevo orden internacional humanitario de la guerra marítima.

La Segunda Ponencia, bajo el título "NORMAS APLICABLES EN MATERIA DE BLOQUEO MARITIMO, DESPUES DE LA ADOPCION DEL PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (PROTOCOLO I DE 8 DE JUNIO DE 1977)", fué desarrollada por Gert Jan Van HEGELSOM, Asesor Legal del Ministerio de Defensa de Holanda y por José Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Coronel Auditor y Director de la Unidad de Estudios e Investigación del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

Comienza Van HEGELSOM su Ponencia afirmando que no se debe hacer distinción entre el bloqueo, en sentido tradicional, y la regulación del contrabando, añadiendo que ambas instituciones fueron desarrolladas para proteger los intereses de la navegación neutral y que los principios básicos del derecho de los conflictos armados declarados en el Protocolo Adicional I deberían tenerse en cuenta respecto a los problemas que presenta la guerra naval. De la práctica de los Estados y de la valoración de las situaciones reguladas por las normas del bloqueo se deduce el dudoso valor de determinadas reglas en el momento presente. El estudio del Asesor Jurídico holandés se divide en tres partes: Valoración del entorno político y legal en materia de bloqueo y contrabando, análisis de la influencia del Protocolo I de 1977 sobre el Derecho de la Guerra Naval y evaluación de las perspectivas del Derecho de la Guerra en el Mar. El trabajo no considera las situaciones de "conflictos de baja intensidad" o "situaciones crepusculares", al carecer –en su opinión– de una base jurídica sólida.

Después de examinar los principios vigentes en materia de bloqueo y contrabando, destaca que hoy dia, virtualmente, todas las mercancías serían consideradas como contrabando, así como que la visita e inspección de un buque (como consecuencia de un bloqueo o a efectos de contrabando) resulta militarmente impracticable. El punto de vista de los beligerantes ha cambiado desde el apresamiento hasta la simple destrucción del buque y de su carga. Y esta nueva práctica explica la preocupación por resolver problemas tales como la legitimidad de la fijación de objetivos y la protección de intereses civiles (bienes civiles) en la guerra en el mar.

En relación con el Protocolo I Adicional de 1977, el Ponente se plantea la cuestión de si sus preceptos revolucionan o no el Derecho clásico de la Guerra Naval, en cuanto cuestionan la validez de las reglas sobre el bloqueo y el contrabando. En este sentido, analiza la interpretación que debe darse al artículo 49, párrafos 3 y 4 del citado Protocolo y la polémica suscitada por las posiciones de E. RAUCH y H. MEYROWITZ, inclinándose a favor de la postura de éste último (que apoya en los "Comentarios" publicados por el Comité Internacional de la Cruz Roja), no sin reconocer que los principios básicos del Derecho de los conflictos armados (codificados en el Protocolo I de 1977) deberían ser aplicados a las cuestiones marítimas. En cuanto a la aplicabilidad del artículo 50 del Protocolo I (protección de las personas y bienes civiles en los conflictos armados) a los buques mercantes, entiende que se puede llegar a la conclusión de que los ataques sobre éstos buques, bajo pleno control de un beligerante (dedicados al transporte de suministros militares), se ha de considerar legítimo, pues su destrucción ofrece una ventaja militar definida (objetivo militar). A continuación, analiza la aplicación a la guerra naval de la prohibición del bloqueo por hambre (artículos 54.3 y 70 del Protocolo I) y de los restantes preceptos de la citada norma (ataques a plataformas petrolíferas, objetos culturales y de culto, medio ambiente y obras e instalaciones conteniendo fuerzas peligrosas). Entiende asimismo

que la protección que dispensa el Protocolo I al personal y medios de la Protección Civil podría extenderse a las organizaciones costeras de salvamento en la mar.

Finalmente, por lo que se refiere a las prespectivas del Derecho de la Guerra en el Mar, esta importante Ponencia expresa, como premisa legal, que los beligerantes debieran reconocer (en su propio interés) la limitación de sus actividades militares al mínimo nivel de fuerza exigido para cumplir su objetivo, pues la evitación del daño a la población civil o a países neutrales se puede considerar todavía como la piedra angular del Derecho de la Guerra Naval. Sin embargo, han surgido nuevas reglas para medir la legitimidad de la conducta de los beligerantes y así, la práctica de los Estados ha añadido a la lista de objetivos (susceptibles de una ataque legítimo sin previo aviso), los barcos que navegan en convoy o son utilizados claramente en apoyo directo de la estrategia o esfuerzo bélico. También la práctica reciente ha abandonado el bloqueo naval y establece las "zonas de defensa marítima" y "zonas de exclusión" (totales). Para el Ponente la legitimidad de estas zonas debiera condicionarse a las siguientes premisas: La zona debería ser militarmente necesaria, geográficamente limitada y notificada, debería entrar en vigor despues de permitir que la abandonaran los buques no militares, el beligerante estaría obligado a cualificar el grado de las acciones que intenta realizar en la zona, proporcionar medios adecuados para el tránsito por la misma y el establecimiento de la zona no debería perjudicar indebidamente los intereses de terceros neutrales en el conflicto. Se considera de dudosa vigencia en la guerra naval moderna el requisito de la "efectividad del bloqueo" (presencia física de buques para mantenerlo), porque la vulnerabilidad de las fuerzas navales a los ataques por sorpresa exige mayor flexibilidad. Por último, se lamenta el autor de que, desgraciadamente, en años recientes se han hecho propuestas impracticables para el desarrollo del Derecho de la Guerra en el Mar. Así, es ilusoria la prohibición de ataques a plataformas petrolíferas (en tanto que el producto de las mismas siga siendo la fuente principal de ingresos o de movilidad militar de los beligerantes) o del uso de misiles o torpedos de larga distancia cuando no se haya hecho una identificación sin posible error, que desconoce la aplicación de principios militares básicos y la necesidad de que los comandantes militares tienen que llegar a decisiones inmediatas en base a la valoración de la información disponible en un momento determinado. La simple existencia de un "cuerpo legal" no eliminará nunca –en opinión del Ponente– la posibilidad de trágicos accidentes como la destrucción de un Airbus iraní por el buque de guerra americano "VINCENNES". A la Ponencia se acompaña como Anexo el informe del Presidente de la Junta de Jefes de Estado Mayor de los Estados Unidos de América al Secretario de Defensa, sobre las circunstancias que concurrieron en el derribo del avión iraní por el "VINCENNES".

El segundo "Rapport" presentado dentro de la II Ponencia, relativa al "bloqueo naval", correspondió al Coronel Auditor RODRIGUEZ-VILLA-

SANTE Y PRIETO, quien –después de una breve introducción al estudio de la problemática del Derecho de la Guerra Marítima en la actualidad– –estructuró su Ponencia en tres apartados: I. El concepto de bloqueo naval (antecedentes, regulación convencional, definición, fundamento y distinción con figuras afines), II. La regulación del bloqueo en el Derecho Clásico de la Guerra Marítima (normas y condiciones del bloqueo naval, declaración y notificación, efectividad y efectos) y III. El bloqueo ante el nuevo Derecho del Mar, para terminar con el estudio del bloqueo ante el DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Este último apartado se subdivide, a su vez, en el análisis de los problemas que plantea el bloqueo ante los Convenios de Ginebra de 1949 y la aplicación de las normas contenidas en el Protocolo Adicional I de Ginebra de 1977 (Normas de protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades, protección de los bienes indispensables para la supervivencia y acciones de socorro).

En relación con esta última cuestión ("El bloqueo ante el Derecho Internacional Humanitario"), el ponente ofreció a la consideración de la Mesa Redonda de expertos las siguientes conclusiones:

1.ª El principio de la unidad del ordenamiento jurídico internacional hace que el tratamiento jurídico de la problemática que presenta el bloqueo naval no pueda abordarse sin tener en cuenta, además de las normas de Derecho Internacional Humanitario, otras reglas (convencionales o consuetudinarias) de contenido humanitario que regulan los conflictos armados en la mar.

2.ª El número 3 del artículo 49 del Protocolo I limita la aplicabilidad de los artículos 48 a 67 del mismo (normas sobre la protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades) a las operaciones navales o aéreas que puedan afectar en tierra a la población civil. Excepción en la que se encuentra comprendido el bloqueo naval, como operación propia de la guerra marítima cuyas consecuencias pueden afectar más, en tierra, a las personas civiles que a los mismos combatientes.

3.ª En el supuesto de que las normas sobre el bloqueo naval se vean afectadas por la aplicación de los artículos 48 a 67 del Protocolo I en lo que se refiere a la protección en tierra de la población civil y bienes de caracter civil, la disposiciones del Protocolo pueden llegar a sustituir a las reglas del bloqueo, por tratarse de normas fundamentales de protección humanitaria que deben prevalecer sobre la regulación clásica de esta operación naval.

4.ª Un bloqueo naval dirigido a impedir la importación de alimentos, con el fín de conseguir el cese de las hostilidades utilizando el método de hacer pasar hambre a la población civil, está prohibido por el artículo 54.1 del Protocolo I. Los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil solo pueden ser atacados, destruidos, capturados o inutilizados en el curso de una acción de bloqueo naval, si se utilizan exclusivamente como medio de subsistencia por los miembros de las fuerzas armadas y si se usan en apoyo directo de una acción militar.

5.ª Ampliando las excepciones que permitían la entrada y posterior salida de un buque mercante en un puerto bloqueado por necesidad urgente o consideraciones de humanidad y el paso de alimentos y medicinas con destino a determinadas categorías de la población civil especialmente protegidas (IV Convenio de Ginebra de 1949), los artículos 69.2 y 70 del Protocolo I permiten el paso de las acciones de socorro a través de una zona marítima bloqueada. De forma que, si el Estado beneficiario de la acción de socorro o las organizaciones humanitarias que la promuevan, cumplen las condiciones establecidas para garantizar los intereses de la Potencia bloqueadora, la negativa de ésta a autorizar una acción de socorro puede ser considerada como una violación de los artículos 54.1. y 70 del protocolo I, porque su poder discrecional para rehusar el acuerdo no es ilimitado y no puede ser utilizado sino por graves motivos, entre los que se debe admitir la necesidad militar.

6.ª Cuando no se puedan aplicar los artículos 48 a 67 del Protocolo I por tratarse de operaciones navales –incluído un bloqueo muy localizado– que no afecten en tierra a la población civil (artículo 49.3.), puede ser útil tener en cuenta el principio fundamental del moderno Derecho Internacional Humanitario que afirma el artículo 57.4. del Protocolo I: la obligación de adoptar todas las precauciones racionales para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños en los bienes de carácter civil.

La Tercera Ponencia de la Mesa Redonda corrió a cargo de W.J. FENRICK, Coronel Asesor Jurídico de Derecho Internacional del Ministerio de Defensa de Canadá, bajo el título "Consecuencias legales que se derivan de la proclamación de las Zonas de Exclusión". Comienza el ponente exponiendo las normas vigentes sobre el bloqueo legítimo (Declaración Naval de Londres), la experiencia histórica sobre las Zonas de Exclusión y los problemas de validez de la Guerra submarina (Protocolo de Londres de 1936 y enfoques doctrinales actuales), para preguntarse seguidamente cuándo los buques mercantes constituyen un objetivo militar legítimo y cuándo los marinos mercantes toman parte directa en las hostilidades. Después de plantearse el problema de la identificación de objetivos (casos "Venus Challenger", USS Starck" y "USS Vincennes"), expone los criterio que deben ser estudiados en relación con la licitud de las "Zonas de Exclusión": Declaración, eficacia, finalidad, exclusiones, sanciones (preconizando una gama de sanciones: desde la captura al hundimiento), lugar, área, duración temporal, efectos sobre la navegación neutral y uso de dispositivos para salvaguardar los barcos inocentes o protegidos. Concluye expresando que los Estados cuya supremacía naval en la navegación de superficie les permite aniquilar el comercio enemigo por el sistema de combate de "hundimiento al ser avistado", no pueden pretender que los Estados enemigos que no disfrutan de tal superioridad se abstengan de aniquilar dicho comercio mediante los medios navales de que dispongan, como submarinos, aviación o minas.

Finalizada la exposición de las Ponencias, se sucedieron numerosas inter-

venciones de los participantes en la Mesa Redonda de Expertos, destacando las aportaciones de Theodore HALKIOPOULUS (Grecia), que expresó su opinión contraria a la legalidad de las "Zonas de exclusión" (no legitimadas por la costumbre internacional), relacionando los intentos de institucionalización de las mismas con los problemas que presenta el nuevo Derecho del Mar (uso pacífico de la alta mar).

Intervino nuevamente el profesor RONZITTI exponiendo su parecer sobre la influencia del Protocolo I de 1977 en el Derecho de la Guerra Naval (acciones navales entre dos buques y repercusiones en tierra), ausencia de norma consuetudinaria que legitime las "Zonas de Exclusión" y el hundimiento de buques neutrales sin previo aviso, y limitaciones al bloqueo naval.

A continuación, hicieron uso de la palabra Blaise GODET (Suiza), Van HEGELSOM (que consideró improbable la existencia de un bloqueo por hambre), el Profesor TANAKA, Dimitri RUDIKOF (U.R.S.S.) –quien consideró que no es legítimo el establecimiento de "Zonas de Exclusión"–, Old BLOMDAL (Noruega) y Konstantin OBRADOVIC (para quien es inconcebible que se pueda declarar unilateralmente una "Zona de Exclusión" y atacar sin previo aviso a un buque neutral).

Entre las numerosas intervenciones que se sucedieron, debemos resaltar la de Van HEGELSOM (que razonó sobre la necesidad de una "burbuja defensiva" en torno a los buques de guerra, analizando los casos de los buques americanos STARK y VINCENNES), LANGDON (Inglaterra), HALKIOPOULUS (que rechazó el argumento de la "legítima defensa", pues no se puede oponer ante los neutrales), GODET (que consideró urgente realizar un inventario de las normas vigentes que regulan los conflictos armados en la mar), Ove BRING (quien expuso su postura en materia de guerra de minas, zonas de exclusión, protección del medio ambiente marino y transporte sanitario) y FENRICK (problemas de identificación en la utilización de misiles en la guerra marítima). Finalizaron las aportaciones de los miembros de la Mesa Redonda con las intervenciones del Profesor RONZITTI y del Coronel RODRIGUEZ-VILLASANTE sobre el concepto de combatiente irregular en el Derecho de la Guerra Naval y las dificultades para conceder el "status" de buque de guerra" a los buques de movimientos de liberación nacional.

Al término de la Mesa Redonda, el Profesor PATRNOGIC realizó un resumen de las diversas intervenciones, que concretó en catorce puntos, proponiendo la Constitución de un grupo de trabajo para preparar un Plan de acción con objeto de programar futuras reuniones.

Despues de un largo debate, se aprobó el siguiente Plan de Acción para el desarrollo del Derecho de los conflictos armados en el mar –y particularmente del Derecho Internacional Humanitario aplicable– durante los años 1989 y 1990:

I. Definición de objetivo militar en el Derecho de la Guerra Naval.

(i). Determinación del concepto.

(ii). Estatuto del buque mercante (cuando puede ser un objetivo militar, armamento defensivo).

(iii). Identificación de objetivos y perfidia.

II. Medios de combate en la Guerra Naval (minas, misiles, torpedos y otros sistemas

III. Protección de las diferentes categorías de víctimas de los conflictos armados en el mar (rescate, transporte de personas civiles y prisioneros de guerra, comunicaciones de los buques hospitales, identificación de los buques hospitales, de rescate y salvamento).

IV. Visita, registro y presa. Condiciones.

V. Teatro de operaciones en la guerra naval. Diferentes zonas marítimas.

Habida cuenta de la importancia de la Mesa Redonda de Expertos para el futuro del Derecho de la Guerra Marítima, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo (Italia) y el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española han comenzado la preparación de los textos para su publicación en tres idiomas (inglés, francés y español), editando un libro que recopile los trabajos y resultados de esta reunión.

José Luis Rodriguez-Villasante y Prieto
Coronel Auditor

Organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, dentro del ciclo "Problemática de la Justicia en España", el Excmo. Sr. D. Eduardo Montull Lavilla, General Auditor, Fiscal del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho, pronunció una conferencia sobre "La reforma de la Jurisdicción Militar". El contenido de la misma consistió, después de una *breve consideración histórica y comparada*, en el análisis del proceso de reforma de la Justicia Militar española y en la exposición de los principios y contenido sustancial del Código Penal Militar, Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, Ley Orgánica 14/1985 de reforma del Código Penal, Ley de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, Ley de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar y Proyecto de Ley Procesal Militar.

REUNION DE LA SOCIETE INTERNATIONALE DE DROIT PENAL MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE EN EDIMBURGO

Por Manuel HERNANDEZ-TEJERO GARCIA
Capitán Auditor

Del 19 al 23 de Septiembre de 1988 se celebró en Edimburgo (Reino Unido) el XI Congreso de la Societé Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, en las aulas del edificio "Appleton Tower", perteneciente a la Universidad de dicha ciudad.

En la ceremonia de apertura intervinieron con distintas alocuciones Mr. J. Stuart-Smith, Presidente de la Sociedad, Mr. George Younger, Secretario de Estado para la Defensa y Lord Mackay of Clashfern, Lord Canciller de Inglaterra, agradeciendo a los congresistas su asistencia y dándoles su bienvenida a Escocia, expresando al propio tiempo sus mejores augurios para el éxito de las sesiones.

Con posterioridad, en ese mismo día, tuvo lugar una recepción en Parliament Hall, bajo la presidencia del Secretario de Estado para la Defensa.

El martes día 20 se celebró la primera sesión de trabajo, presidida por el Dr. F. Krüger-Sprengel, Vicepresidente de la Sociedad, donde bajo el tema "La incardinación del Derecho Internacional Humanitario a nivel nacional, con especial referencia a su desarrollo en la guerra moderna", se hizo un interesante informe por el General de División M.T. Fugard, Director de los Servicios Jurídicos del Ejército en el Reino Unido, y presidente del grupo británico de la Sociedad.

Tras un pequeño descanso, hicieron uso de la palabra el Profesor M. Bothe, de la Universidad Johann Wofgang Goethe, de Frankfurt (R.F.A.) y el Profesor F. Kalshoven, de la Universidad de Leyden (Holanda), los cuales hicieron atinadas observaciones al informe anteriormente expuesto.

Por la tarde continuó la reunión de trabajo, bajo la presidencia del General de Brigada R. Barras, Vicepresidente de la Sociedad, con la intervención del Coronel J.A. Burger (U.S.A.), Dr. U. Genesio (Italia), los Profesores J. Partsch, M. Saalfeld y A. Steinkamm (R.F.A.) y Mr. Zimmermann (Suiza).

El jueves día 22 se reanudaron las sesiones de trabajo, toda vez que el miércoles 21 fué dedicado íntegramente a una simpática e instructiva excur-

sión que se organizó al Castillo de Glamis, para todos los Delegados y sus esposas, y donde tuvimos ocasión en el almuerzo de cambiar impresiones fuera de la solemnidad de las sesiones de trabajo, con aprovechamiento verdadermante posible, además de la oportunidad de conocer las hermosas y hospitalarias Tierras Altas de Escocia.

La jornada del día 22 se abrió con el tema "Operaciones para el mantenimiento de la paz", presididas por el General de División G.S. Prugh, Presidente honorario de la Sociedad, siendo expuesto el informe por el General de División A.J.T. Dörenberg, Vicepresidente de la Sociedad, y tomando la palabra a continuación el también General de División Carlo Jean (Italia) y el Dr. G.J.F. van Hegelsom (Holanda).

Tras el almuerzo, continuaron las sesiones bajo la presidencia de Mr. H. Bosly, Presidente del Tribunal de Casación belga, Presidente honorario de la Sociedad, interviniendo el General de Brigada R. Barras (Suiza), el Dr. D. Fleck (R.F.A.), el Dr. R.C.R. Sieckmann (Holanda) y el Prof. W.L. Williams (U.S.A.).

El viernes día 23, último del Congreso, se celebraron por la mañana unas sesiones de trabajo a cargo de cuatro comisiones, pero abiertas a todos los delegados, bajo el siguiente enunciado:

1. Comisión para la Protección de la Vida Humana en los Conflictos Armados.

Presidencia: Coronel F. de Mulinen (Suiza).

Tema: La aplicación práctica de las disposiciones del Primer Protocolo de Ginebra de 1977, relativo a la conducción de la guerra.

2. Comisión de Criminología Militar.

Presidencia: Mr. A. Andries (Bélgica).

Tema: La represión nacional de las infracciones graves al Derecho Humanitario.

3. Comisión de Historia del Derecho Militar.

Presidencia: Prof. M. Messerschmidt (R.F.A.).

Tema: Operaciones de mantenimiento de la paz anteriores a 1945.

4. Comisión de Asuntos Generales.

Presidencia: General de Brigada R. Barras (Suiza).

Tema: La objeción de conciencia.

Por la tarde tuvo lugar la ceremonia de clausura del Congreso, y tras ella una reunión de los miembros de la Asamblea General de la Sociedad, a fin de tratar, entre otros temas, el de los nuevos Estatutos de la Sociedad, seguida de un encuentro final del Consejo de Dirección de la misma.

Como colofón, cabe destacar la presencia de Delegados de los cinco Continentes, lo que supone que la proyección internacional de este Congreso y la difusión de los acuerdos y resoluciones adoptadas está garantizada, puesto que además tuvimos acceso los Delegados a una interesantísima documentación que verdaderamente nos será de gran utilidad para trabajar en Derecho comparado. Reseñamos, a continuación, los países que enviaron delegación

a este Congreso: Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Checoslovaquia, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Indonesia, Irlanda, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kenya, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia, República Federal de Alemania, Suecia, Swazilandia, Tailandia, Tanzania y Túnez.

INDICE

NOTA NECROLOGICA de D. Fernando de Querol y Lombardero, Coronel Auditor 5

I DOCTRINA

1. ESTUDIOS

1.1 Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Privado, José Luis Fernández Flores 11

1.2 Zonas de acceso restingido a la propiedad de extranjeros en interés de la Defensa Nacional. Legislación. Jurisprudencia. Reforma, Miguel Torres Rojas 27

1.3 Informe sobre la objeción de conciencia al servicio militar en el ordenamiento jurídico español, Antonio Millán Garrido 55

1.4 Consecuencias de la caida en cautividad bélica en orden la ciudadanía, según el Derecho romano, Manuel Fernández-Tejero y García 75

2. NOTAS

2.1 Notas sobre el Derecho Disciplinario militar (La Ley nº 12/1985), José Ramón Fernández Areal 89

2.2 Dos cuestiones controvertidas en materia de Clases Pasivas, José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 99

3. INFORMACION

3.1 Doctrina Legal del Consejo de Estado, José Leandro Martinez-Cardós Ruiz 121

3.2 El C.E.D.I.H. de la Cruz Roja Española, Andrés Sánchez Marín y G. 135

3.3 Nota sobre los estudios de Derecho Militar comparado en España, con especial referencia al Derecho Militar Inglés, José Luis Rodriguez-Villasante y Prieto 141

II TEXTOS

1. LEGISLACION

1.1 Ley Orgánica 3/1988, de modificación del Código Penal 155

1.2 Ley Orgánica 4/1988, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 157

1.3 Ley Orgánica 5/1988, de modificación del Código Penal 161

1.4 Instrucción 35/88, de 21 de Abril, del Subsecretario de Defensa, por la que se dictan normas provisionales para el funcionamiento de los nuevos Organos Jurisdiccionales creados por la Ley Orgánica 4/1987 163

1.5 Real Decreto 421/1988 de 29 de abril, por el que se determinan los Mandos Militares Superiores a los fines del artículo 111 de la Ley Orgánica 4/1987 165

1.6 **Orden 421/38359/1988 de 6 de Mayo por la que se hace público la nueva división territorial jurisdiccional militar en España** 167
1.7 **Ley 22/1988, de Costas** 173

2. **JURISPRUDENCIA**
2.1 **Jurisprudencia Penal y Procesal militar,** Antonio Millán Garrido. 217
2.2 **Jurisprudencia contenciosa-administrativa,** Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández 235
2.3 **Jurisprudencia laboral,** Juan Carlos Fernández Martín 287

3. **DOCUMENTACION**
3.1 **Defensor del Pueblo y Administración Militar,** Manuel Chacón Alonso 339
3.2 **Comparecencia del Señor Ministro de Defensa en la Comisión de Defensa del Senado para informar sobre la reforma de la Jurisdicción Militar (Diario de Sesiones del Senado, de 3 de Mayo de 1988)** 419
3.3 **Comité Internacional de la Cruz Roja** 449
3.4 **Documentación laboral,** Juan Carlos Fernández Martín 451

III VARIOS

1. **RECENSION DE LIBROS**
1.1 **Contratación del Estado de D. Juan Miranda González,** por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 497
1.2 **La Ley Disciplinaria Militar de Alvarez Roldan y Fortún Esquifino,** *por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto* 498
1.3 **Legislación del Trabajo y de la Seguridad Social de D. Juan Carlos Fernández Martín,** por José L. Rodríguez-Villasante 501
1.4 **La obediencia debida de Morillas Cueva,** por Manuel Hernández-Tejero García 504
1.5 **El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución de D. José María Lafuente Balle,** por Federico Fernández de Buján 507

2. **RECENSION DE REVISTAS**
Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre, 1987-1-2-3 y 1987-4, por José Luis Rodríguez-Villasante 513
Revista General de Derecho, por Manuel Hernández-Tejero García . 523

3. **MISCELANEA**
Curso de Derecho Militar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 529
Mesa Redonda Internacional de expertos sobre el Derecho Internacional humanitario aplicable en los conflictos armados en el mar. Madrid, 26-29 de Septiembre de 1988, por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 529
Reunión de la sociedad de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra en Edimburgo, por Manuel Hernández-Tejero García 545

MINISTERIO DE DEFENSA
SECRETARIA GENERAL TECNICA
CENTRO DE PUBLICACIONES